



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2013 Vol. 2

1^{er} cahier, 2013 Vol. 2

Cited as [2013] 2 S.C.R. 3-268

Renvoi [2013] 2 R.C.S. 3-268

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 / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	SÉBASTIEN LAFRANCE	IDA SMITH
JANICE CHENEY	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH
MONIQUE DELORME		ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Behn v. Moulton Contracting Ltd. 227

Civil procedure — Standing — Aboriginal law — Treaty rights — Duty to consult — Individual members of Aboriginal community asserting in defence to tort action against them that issuance of logging licences breached duty to consult and treaty rights — Whether individual members have standing to assert collective rights in defence.

Civil procedure — Abuse of process — Motion to strike pleadings — Members of Aboriginal community blocking access to logging site and subsequently asserting in defence to tort action against them that issuance of logging licences breached duty to consult and treaty rights — Whether raising defences constituted abuse of process.

Ediger v. Johnston..... 98

Torts — Negligence — Causation — Doctor attempted mid-level forceps delivery of baby — Baby's umbilical cord became compressed causing bradycardia and brain injury — Doctor did not arrange for back-up Caesarean section delivery or advise mother of mid-level forceps delivery risks prior to attempting forceps delivery — Whether doctor's attempted forceps delivery caused bradycardia — Whether doctor's failure to arrange for back-up Caesarean section delivery or to advise mother of mid-level forceps delivery risks prior to attempting forceps delivery caused baby's injury.

Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)..... 125

Civil procedure — Issue estoppel — Administrative law — Police disciplinary proceedings — Complaint alleging police misconduct brought under Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15 ("PSA") — Civil action for damages arising from same incident also commenced — PSA hearing officer finding no misconduct and dismissing complaint — Motion judge and Court of Appeal exercising discretion to apply issue estoppel to bar civil claims on basis of hearing officer's decision — Whether public policy rule precluding applicability of issue estoppel to police disciplinary hearings should be created — Whether unfairness arises from application of issue estoppel in this case.

R. v. Buzizi 248

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective and subjective elements of defence of

SOMMAIRE

Behn c. Moulton Contracting Ltd. 227

Procédure civile — Qualité pour agir — Droit des autochtones — Droits issus de traités — Obligation de consultation — Membres individuels d'une collectivité autochtone alléguant, en défense à une action en responsabilité délictuelle intentée contre eux, la délivrance de permis d'exploitation forestière sans que soit respectée l'obligation de consultation et en violation de leurs droits issus du traité — Les membres individuels ont-ils qualité pour faire valoir en défense des droits collectifs?

Procédure civile — Abus de procédure — Requête en radiation — Membres d'une collectivité autochtone bloquant l'accès à un site d'exploitation forestière et alléguant subséquemment, en défense à une action en responsabilité délictuelle intentée contre eux, la délivrance de permis de vente de bois sans que soit respectée l'obligation de consultation et en violation de leurs droits issus du traité — Le fait de soulever ces moyens de défense constitue-t-il un abus de procédure?

Ediger c. Johnston..... 98

Responsabilité délictuelle — Négligence — Lien de causalité — Tentative par un médecin d'accouchement par forceps moyen — Compression du cordon ombilical causant une bradycardie et des lésions cérébrales — Omission du médecin de prendre des dispositions pour un accouchement par césarienne en cas de complications et d'aviser la mère des risques d'un accouchement par forceps moyen avant de tenter l'accouchement par forceps — La tentative par le médecin d'accouchement par forceps a-t-elle causé la bradycardie? — L'omission du médecin de prendre des dispositions pour un accouchement par césarienne en cas de complications ou d'aviser la mère des risques d'un accouchement par forceps moyen avant de tenter l'accouchement par forceps a-t-elle causé les lésions subies par le bébé?

Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers) 125

Procédure civile — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Droit administratif — Procédures disciplinaires relatives à la police — Plainte alléguant l'inconduite policière déposée en vertu de la Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« LSP ») — Action civile en réclamation de dommages-intérêts aussi intentée relativement au même incident — Agent d'audience nommé en application de la LSP conclut à l'absence d'inconduite et rejette la plainte — Exercice par le juge des motions et par la Cour d'appel de leur pouvoir discrétionnaire d'appliquer la préclusion

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

provocation were established, thereby lending air of reality to this defence.

R. v. G.M. 202

Criminal law — Appeal — Fresh evidence — Accused convicted of incest and sexual assault — On appeal, accused seeking to provide affidavit evidence demonstrating that defence counsel provided ineffective assistance at trial — Court of Appeal allowing appeal, setting aside trial judge's decision and ordering new trial — Defence counsel's conduct of trial did not result in omissions and decisions which, when added together, had effect of undermining reliability of convictions such that accused suffered miscarriage of justice — Convictions restored.

R. v. Lévesque 176

Criminal law — Charge to jury — Trial judge giving additional instructions that were incomplete and confusing in response to specific question from jury on being accessory and being party to offence — Jury finding accused guilty — Verdict of guilty set aside and new trial ordered.

R. v. Levkovic 204

Constitutional law — Charter of rights — Right to liberty — Right to security of person — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code provision prohibiting disposing of dead body of child with intent to conceal its delivery whether child died before, during or after birth — Whether provision is impermissibly vague in its application to child that died before birth — Whether provision infringes rights to liberty and security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

Criminal law — Offences — Concealing body of child — Whether phrase "child [that] died before . . . birth" satisfies requirement of certainty — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

R. v. MacIntosh 200

Constitutional law — Charter of rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused extradited to Canada to face numerous charges of indecent assault and gross indecency — Delay of more than 14 years between charges being laid and trial, approximately 12 of those attributable to delays by Crown in extraditing accused — Accused seeking a stay of proceedings due to pre- and post-charge delay — Application dismissed and accused convicted at trial — Accused's right to be tried within

SOMMAIRE (Suite)

découlant d'une question déjà tranchée pour bloquer les demandes civiles compte tenu de la décision de l'agent d'audience — Faudrait-il créer une règle d'intérêt public pour empêcher l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée relativement aux décisions disciplinaires relatives à la police? — L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée entraîne-t-elle une iniquité en l'espèce?

R. c. Buzizi 248

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusé pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — Les éléments objectifs et subjectifs de la défense de provocation sont-ils établis de sorte que la défense est vraisemblable?

R. c. G.M. 202

Droit criminel — Appel — Nouvel élément de preuve — Accusé déclaré coupable d'inceste et d'agression sexuelle — En appel, demande de l'accusé en vue de présenter en preuve un affidavit pour établir l'inefficacité de l'avocat de la défense au procès — Arrêt de la Cour d'appel accueillant le pourvoi, annulant la décision du juge du procès et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — La conduite de l'avocat de la défense au procès n'a aucunement entraîné d'omissions ou de décisions qui, combinées, ont eu pour effet de miner la fiabilité des déclarations de culpabilité et ainsi entraîner une erreur judiciaire dont l'accusé aurait été victime — Déclarations de culpabilité rétablies.

R. c. Lévesque 176

Droit criminel — Exposé au jury — Directives supplémentaires incomplètes et confuses données par le juge du procès en réponse à une question spécifique du jury sur la complicité et la participation criminelle — Verdict de culpabilité prononcé par le jury — Verdict de culpabilité annulé et nouveau procès ordonné.

R. c. Levkovic 204

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Droit à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Imprécision — Disposition du Code criminel interdisant de faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher sa naissance que l'enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance — La disposition est-elle d'une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui est mort avant la

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

reasonable time violated due to post-charge delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. Mailhot 96

Criminal law — Trial — Charge to jury — Fairness — Trial judge providing jurors with summary of theory of defence but also providing opinion on evidence in support of, or contrary to, that theory — Accused convicted of second degree murder — Whether opinions offered by trial judge amounted to opinions as to verdict.

R. v. Murphy 178

Criminal law — Reasonable verdicts — Accused convicted of conspiracy to commit murder and attempted murder — Sufficient evidence to support trial judge's conclusions — Verdicts entered by trial judge reasonable.

R. v. TELUS Communications Co. 3

Criminal law — Interception of communications — General warrant — Telecommunications company employing unique process for transmitting text messages resulting in messages stored on their computer database for brief period of time — General warrant requiring telecommunications company to produce all text messages sent and received by two subscribers on prospective, daily basis — Whether general warrant power in s. 487.01 of Criminal Code can authorize prospective production of future text messages from service provider's computer — Whether investigative technique authorized by general warrant in this case is an interception requiring authorization under Part VI of Criminal Code — Whether general warrant may properly issue where substance of investigative technique, if not its precise form, is addressed by existing legislative provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.01.

R. v. W.H. 180

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Role of appellate court when assessing reasonableness of verdict based on jury's assessment of witness credibility — Jury finding accused guilty of sexual assault — Court of Appeal concluding that verdict unreasonable and entering acquittal — Whether Court of Appeal applied proper legal test — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

SOMMAIRE (Suite)

naissance? — La disposition viole-t-elle les droits à la liberté et à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

Droit criminel — Infractions — Suppression de part — La proposition « enfant [qui est] mort avant [...] la naissance » satisfait-elle à l'exigence de certitude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

R. c. MacIntosh 200

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Extradition de l'accusé au Canada pour être jugé à l'égard de nombreuses accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence — Délai de plus de 14 ans entre le dépôt des accusations et le procès, dont 12 environ sont imputables au temps mis par la Couronne à agir pour obtenir l'extradition de l'accusé — Demande d'arrêt des procédures présentée par l'accusé en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations et après celui-ci — Cette demande a été rejetée et l'accusé a été déclaré coupable au procès — Le droit de ce dernier d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé en raison du délai écoulé après le dépôt des accusations — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. c. Mailhot 96

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Équité — Juge du procès ayant résumé la thèse de la défense à l'intention du jury en exprimant son opinion sur la preuve de manière favorable ou défavorable à cette thèse — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Les opinions exprimées par le juge du procès constituaient-elles des opinions sur le verdict susceptible d'être rendu?

R. c. Murphy 178

Droit criminel — Verdicts raisonnables — Accusé déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre et de tentative de meurtre — Existence d'éléments de preuve suffisants pour étayer les conclusions du juge du procès — Inscription de verdicts raisonnables par ce dernier.

R. c. Société TELUS Communications 3

Droit criminel — Interception de communications — Mandat général — Messages textes stockés brièvement dans la base de données informatique d'une société de télécommunications par suite de la procédure particulière qu'elle applique pour les transmettre — Mandat général obligeant la société de télécommunications à

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

communiquer prospectivement, sur une base quotidienne, tous les messages textes envoyés et reçus par deux abonnés — Le mandat général prévu à l'art. 487.01 du Code criminel peut-il autoriser la communication prospective de futurs messages textes se trouvant dans l'ordinateur d'un fournisseur de services? — La technique d'enquête autorisée par le mandat général délivré en l'espèce constitue-t-elle une interception qui doit être autorisée en vertu de la partie VI du Code criminel? — Un mandat général peut-il être délivré à bon droit lorsqu'une disposition législative en vigueur traite du contenu de la technique d'enquête, sinon de sa forme précise? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.01.

R. c. W.H. 180

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Rôle dévolu à une cour d'appel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère raisonnable d'un verdict de culpabilité fondé sur l'appréciation de la crédibilité des témoignages par un jury — Jury ayant reconnu l'accusé coupable d'agression sexuelle — Verdict jugé déraisonnable en Cour d'appel et remplacé par un acquittement — La Cour d'appel a-t-elle appliqué le bon critère juridique? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1a)(i).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2013

2^e volume, 2013

TELUS Communications Company *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Civil Liberties Association and Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. TELUS COMMUNICATIONS CO.

2013 SCC 16

File No.: 34252.

2012: October 15; 2013: March 27.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Criminal law — Interception of communications — General warrant — Telecommunications company employing unique process for transmitting text messages resulting in messages stored on their computer database for brief period of time — General warrant requiring telecommunications company to produce all text messages sent and received by two subscribers on prospective, daily basis — Whether general warrant power in s. 487.01 of Criminal Code can authorize prospective production of future text messages from service provider's computer — Whether investigative technique authorized by general warrant in this case is an interception requiring authorization under Part VI of Criminal Code — Whether general warrant may properly issue where substance of investigative technique, if not its precise form, is addressed by existing legislative provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.01.

Unlike most telecommunications service providers, TELUS Communications Company routinely makes electronic copies of all the text messages sent or received by its subscribers and stores them on a computer database

Société TELUS Communications *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des libertés civiles et Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SOCIÉTÉ TELUS COMMUNICATIONS

2013 CSC 16

N° du greffe : 34252.

2012 : 15 octobre; 2013 : 27 mars.

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

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

Droit criminel — Interception de communications — Mandat général — Messages textes stockés brièvement dans la base de données informatique d'une société de télécommunications par suite de la procédure particulière qu'elle applique pour les transmettre — Mandat général obligeant la société de télécommunications à communiquer prospectivement, sur une base quotidienne, tous les messages textes envoyés et reçus par deux abonnés — Le mandat général prévu à l'art. 487.01 du Code criminel peut-il autoriser la communication prospective de futurs messages textes se trouvant dans l'ordinateur d'un fournisseur de services? — La technique d'enquête autorisée par le mandat général délivré en l'espèce constitue-t-elle une interception qui doit être autorisée en vertu de la partie VI du Code criminel? — Un mandat général peut-il être délivré à bon droit lorsqu'une disposition législative en vigueur traite du contenu de la technique d'enquête, sinon de sa forme précise? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.01.

Contrairement à la plupart des fournisseurs de services de télécommunications, la Société TELUS Communications a pour pratique de copier électroniquement tous les messages textes envoyés ou reçus par

for a brief period of time. The police in this case obtained a general warrant and related assistance order under ss. 487.01 and 487.02 of the *Criminal Code* requiring Telus to provide the police with copies of any stored text messages sent or received by two Telus subscribers. The relevant part of the warrant required Telus to produce any messages sent or received during a two-week period on a daily basis. Telus applied to quash the general warrant arguing that the prospective, daily acquisition of text messages from their computer database constitutes an interception of private communications and therefore requires authorization under the wiretap authorization provisions in Part VI of the *Code*. The application was dismissed. The focus of the appeal is on whether the general warrant power can authorize the prospective production of future text messages from a service provider's computer.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed and the general warrant and related assistance order should be quashed.

Per LeBel, Fish and Abella JJ.: Part VI of the *Criminal Code* provides a comprehensive scheme for "wiretap authorizations" for the interception of private communications. The purpose of Part VI is to restrict the ability of the police to obtain and disclose private communications.

Telus employs a unique process for transmitting text messages that results in the messages being stored on their computer database for a brief period of time. In considering whether the prospective, daily production of future text messages stored in Telus' computer falls within Part VI, we must take the overall objective of Part VI into account.

Text messaging is, in essence, an electronic conversation. Technical differences inherent in new technology should not determine the scope of protection afforded to private communications. The only practical difference between text messaging and traditional voice communications is the transmission process. This distinction should not take text messages outside the protection to which private communications are entitled under Part VI.

ses abonnés et de les conserver brièvement dans une base de données. En l'espèce, les policiers ont obtenu, en vertu des art. 487.01 et 487.02 respectivement du *Code criminel*, un mandat général et une ordonnance d'assistance connexe obligeant Telus à fournir aux policiers copie de tous les messages textes envoyés ou reçus par deux de ses abonnés et se trouvant dans sa base de données. L'extrait pertinent du mandat obligeait Telus à produire pendant deux semaines, sur une base quotidienne, tous les messages envoyés ou reçus. Telus a demandé l'annulation du mandat général, soutenant que la prise de connaissance prospective, sur une base quotidienne, de messages textes se trouvant dans sa base de données constitue une interception de communications privées et doit, en conséquence, être autorisée en vertu des dispositions de la partie VI du *Code* relatives à l'autorisation d'écoute électronique. La demande a été rejetée. Le pourvoi soulève la question de savoir si la communication prospective de futurs messages textes se trouvant dans l'ordinateur d'un fournisseur de services peut être autorisée en vertu du mandat général.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le mandat général ainsi que l'ordonnance d'assistance connexe sont annulés.

Les juges LeBel, Fish et Abella : La partie VI du *Code criminel* instaure un régime complet d'« autorisation d'écoute électronique » en vue de l'interception de communications privées. La partie VI a pour objet de restreindre la capacité des policiers d'obtenir et de divulguer des communications privées.

Telus applique pour transmettre des messages textes une procédure particulière qui fait que ces messages sont stockés brièvement dans sa base de données informatique. Pour décider si la partie VI s'applique à la communication prospective, sur une base quotidienne, de futurs messages textes stockés dans l'ordinateur de Telus, il nous faut tenir compte de l'objectif général de cette partie VI.

La messagerie texte est, essentiellement, une conversation électronique. Les différences techniques intrinsèques des nouvelles technologies ne devraient pas déterminer l'étendue de la protection accordée aux communications privées. La seule distinction entre la messagerie texte et les communications orales traditionnelles réside dans le processus de transmission. Cette distinction ne devrait pas avoir pour effet de priver les messages textes des mesures de protection des communications privées auxquelles ces messages ont droit sous le régime de la partie VI.

Section 487.01 of the *Code*, the general warrant provision, was enacted in 1993 as part of a series of amendments to the *Code* in Bill C-109, S.C. 1993, c. 40. It authorizes a judge to issue a general warrant permitting a peace officer to “use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure”. Notably, s. 487.01(1)(c) stipulates that the general warrant power is residual and resort to it is precluded where judicial approval for the proposed technique, procedure or device or the “doing of the thing” is available under the *Code* or another federal statute.

Section 487.01(1)(c) should be broadly construed to ensure that the general warrant is not used presumptively to prevent the circumvention of the more specific or rigorous pre-authorization requirements for warrants, such as those found in Part VI. To decide whether s. 487.01(1)(c) applies, namely, whether another provision would provide for the authorization sought in this case, requires interpreting the word “intercept” in Part VI. “Intercept” is used throughout Part VI with reference to the intercept of *private communications*. This means that in interpreting “intercept a private communication”, we must consider the broad scope of Part VI and its application across a number of technological platforms, as well as its objective of protecting individual privacy interests in communications by imposing particularly rigorous safeguards. The interpretation should not be dictated by the technology used to transmit such communications, like the computer used in this case, but by what was intended to be protected under Part VI. It should also be informed by the rights enshrined in s. 8 of the *Charter*, which in turn must remain aligned with technological developments.

A technical approach to “intercept” would essentially render Part VI irrelevant to the protection of the right to privacy in new, electronic and text-based communications technologies, which generate and store copies of private communications as part of the transmission process. A narrow definition is also inconsistent with the language and purpose of Part VI in offering broad protection for private communications from unauthorized interference by the state.

L’article 487.01 du *Code*, qui prévoit le mandat général, a été édicté en 1993 dans le cadre d’une série de modifications apportées au *Code* par le projet de loi C-109, L.C. 1993, ch. 40. Il habilite un juge à décerner un mandat général autorisant un agent de la paix à « utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d’enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive ». L’alinéa 487.01(1)(c) prévoit notamment que le pouvoir d’accorder un mandat général a un caractère résiduel et que son utilisation est interdite dans le cas où une autre disposition du *Code* ou d’une autre loi fédérale permet à un juge d’autoriser l’utilisation du dispositif, de la technique ou de la méthode proposé ou encore l’accomplissement de l’acte envisagé.

L’alinéa 487.01(1)(c) doit être interprété largement de sorte que le mandat général ne soit pas utilisé comme mesure de premier recours, afin d’éviter que les autorités se soustraient aux exigences plus spécifiques ou rigoureuses en matière d’autorisation préalable, comme celles que l’on trouve à la partie VI. Il est nécessaire d’interpréter le terme « intercepter » à la partie VI afin de déterminer si l’al. 487.01(1)(c) s’applique, c’est-à-dire si une autre disposition prévoit l’autorisation demandée. Le mot « intercepter » est utilisé dans toute la partie VI et se rapporte à l’interception de *communications privées*. Il faut par conséquent interpréter l’expression « intercepter une communication privée » en tenant compte de la vaste portée de la partie VI, du fait qu’elle s’applique à différentes plateformes technologiques, ainsi que de son objectif, à savoir la protection du droit individuel à la vie privée en matière de communication au moyen de garanties particulièrement strictes. Cette interprétation ne doit pas être dictée par le moyen technologique qui est employé pour transmettre de telles communications, par exemple l’ordinateur utilisé en l’espèce, mais plutôt par les aspects que le législateur a voulu protéger au moyen des dispositions de la partie VI. Cette interprétation doit se fonder aussi sur les droits garantis par l’art. 8 de la *Charte*, lesquels doivent progresser au rythme de la technologie.

Le fait d’interpréter de manière formaliste le mot « intercepter » aurait essentiellement pour effet de rendre la partie VI inutile en matière de protection du droit à la vie privée dans le cas des nouveaux moyens technologiques de communication textuelle électronique qui génèrent et sauvegardent des copies des communications privées dans le cadre du processus de transmission. Une interprétation étroite est en outre incompatible avec la formulation et l’objet de la partie VI qui accorde une protection étendue aux communications privées contre les ingérences non autorisées de l’État.

The interpretation of “intercept a private communication” must, therefore, focus on the acquisition of informational content and the individual’s expectation of privacy at the time the communication was made. To the extent that there may be any temporal element inherent in the technical meaning of intercept, it should not trump Parliament’s intention in Part VI to protect an individual’s right to privacy in his or her communications. The use of the word “intercept” implies that the private communication is acquired in the course of the communication process. The process encompasses all activities of the service provider which are required for, or incidental to, the provision of the communications service. Acquiring the substance of a private communication from a computer maintained by a telecommunications service provider would, as a result, be included in that process.

Text messages are private communications and, even if they are stored on a service provider’s computer, their prospective production requires authorization under Part VI of the *Code*. If Telus did not maintain its computer database, there is no doubt that the police would be required to obtain an authorization under Part VI to secure the prospective, and in this case continuous, production of text messages. Most service providers do not routinely copy text messages to a computer database as part of their transmission service. Accordingly, if the police wanted to target an individual who used a different service provider, they would have no option but to obtain wiretap authorizations under Part VI to compel the prospective and continuous production of their text messages. This creates a manifest unfairness to individuals who are unlikely to realize that their choice of telecommunications service provider can dramatically affect their privacy. The technical differences inherent in Telus’ transmission of text messages should not deprive Telus subscribers of the protection of the *Code* that every other Canadian is entitled to.

The general warrant in this case was invalid because the police had failed to satisfy the requirement under s. 487.01(1)(c) of the *Code* that a general warrant could

Il faut par conséquent interpréter les mots « intercepter une communication privée » en s’attachant à la prise de connaissance du contenu informationnel de la communication et aux attentes qu’avaient les interlocuteurs en matière de respect de la vie privée au moment de cette communication. Dans la mesure où le sens formaliste du mot « intercepter » pourrait comporter intrinsèquement un aspect temporel, cela ne devrait pas faire obstacle à l’intention du législateur de protéger, dans l’application de la partie VI, le droit des gens au respect de leur vie privée en matière de communications. L’emploi du mot « intercepter » implique que la prise de connaissance de la communication privée se fait au cours du processus de transmission. Ce processus englobe toutes les activités du fournisseur de services qui sont nécessaires ou accessoires à la fourniture du service de communication. La prise de connaissance de la substance d’une communication privée se trouvant dans un ordinateur exploité par un fournisseur de services de télécommunications ferait, en conséquence, partie de ce processus.

Les messages textes constituent des communications privées et, même s’ils sont stockés dans l’ordinateur d’un fournisseur de services, la communication prospective de futurs messages de cette nature doit être autorisée en vertu de la partie VI du *Code*. Si Telus n’exploitait pas une base de données informatique, il ne fait aucun doute que les policiers seraient tenus d’obtenir une autorisation en vertu de la partie VI afin de recevoir prospectivement communication de messages textes, et ce, sur une base continue en l’espèce. La plupart des fournisseurs de services de transmission ne copient pas systématiquement les messages textes dans une base de données. Par conséquent, si la personne ciblée par les policiers était desservie par un fournisseur différent, ces derniers devraient nécessairement obtenir des autorisations d’écoute électronique sous le régime de la partie VI pour contraindre ce fournisseur à leur communiquer de façon prospective et continue les messages textes. Cette situation crée une injustice flagrante pour les personnes qui ne réalisent vraisemblablement pas que le choix de leur fournisseur de services de télécommunications peut avoir de sérieuses répercussions sur leur vie privée. Les différences techniques inhérentes à la procédure de transmission des messages textes propre à Telus ne devraient pas priver les abonnés de cette dernière des mesures de protection prévues par le *Code* et auxquelles ont droit tous les autres Canadiens.

Le mandat général en l’espèce était invalide parce que les policiers n’avaient pas respecté la condition prévue par l’al. 487.01(1)(c) du *Code*, à savoir qu’un mandat général

not be issued if another provision in the *Code* is available to authorize the technique used by police. Since the warrant purports to authorize the interception of private communications, and since Part VI is the scheme that authorizes the interception of private communications, a general warrant was not available.

Per Moldaver and Karakatsanis JJ.: There is agreement with Abella J. that the police are entitled to a general warrant only where they can show that “no other provision” of the *Criminal Code* or any other Act of Parliament would provide for the investigative technique, including a substantively equivalent technique, for which authorization is sought. The investigative technique in this case was substantively equivalent to an intercept. The general warrant is thus invalid. Resolution of whether what occurred in this case was or was not, strictly speaking, an “intercept” within the meaning of s. 183 of the *Code* is unnecessary. A narrower decision guards against unforeseen and potentially far-reaching consequences in this complex area of the law.

The result is driven by the failure of the authorities to establish the requirement in s. 487.01(1)(c) that there be “no other provision” that would provide for the search. This provision ensures that the general warrant is used sparingly as a warrant of limited resort. In creating the general warrant, Parliament did not erase every other search authorization from the *Code* and leave it to judges to devise general warrants on an *ad hoc* basis as they deem fit. Courts must therefore be careful to fill a legislative lacuna only where Parliament has actually failed to anticipate a particular search authorization. The “no other provision” requirement must be interpreted so as to afford the police the flexibility Parliament contemplated in creating the general warrant, while safeguarding against its misuse. There is a need for heightened judicial scrutiny where Parliament has provided an authorization for an investigative technique that is substantively equivalent to what the police seek but requires more onerous preconditions. Thus, the test under s. 487.01(1)(c) must consider the investigative technique that the police seek to utilize with an eye to its actual substance and not merely its formal trappings.

The approach to the “no other provision” requirement accepts a measure of uncertainty by tasking judges with the job of inquiring into the substance of purportedly “new” investigative techniques. When uncertainty

ne peut être décerné si une autre disposition du *Code* permet d’autoriser la technique utilisée par les policiers. Comme le mandat entend autoriser l’interception de communications privées et que les interceptions de ce genre sont régies par le régime de la partie VI, un mandat général ne pouvait être délivré.

Les juges Moldaver et Karakatsanis : Il y a accord avec la juge Abella pour dire que la police n’a droit d’obtenir un mandat général que si elle est à même de démontrer qu’« aucune disposition » du *Code criminel* ou d’une autre loi fédérale n’autorise le recours à la technique, ou à un procédé équivalent en substance à la technique, pour laquelle l’autorisation est demandée. La technique d’enquête en l’espèce était équivalente sur le plan du fond à une interception. Par conséquent, le mandat général est invalide. Il n’est pas nécessaire de déterminer si ce qui s’est produit en l’espèce était ou non, à proprement parler, une « interception » au sens de l’art. 183 du *Code criminel*. Un motif de décision plus restreint nous met à l’abri des conséquences imprévues et incalculables dans ce domaine complexe du droit.

L’issue de l’espèce repose sur le défaut des autorités d’établir la condition prévue à l’al. 487.01(1)(c) qu’il n’y ait « aucune disposition » permettant la fouille ou la perquisition. Cette disposition fait en sorte que le mandat général est utilisé avec modération et de façon limitée. En créant le mandat général, le législateur n’a pas supprimé les autres autorisations de fouille et de perquisition du *Code criminel* pour laisser aux juges le soin de concevoir les mandats généraux de façon ponctuelle comme ils l’entendent. Par conséquent, les tribunaux doivent veiller à combler le vide législatif uniquement lorsque le législateur n’a pas prévu une autorisation de fouille ou de perquisition en particulier. La condition qu’il n’y ait « aucune disposition » doit être interprétée de façon à accorder à la police la souplesse envisagée par le législateur lorsqu’il a créé le mandat général, tout en empêchant son utilisation abusive. Il est nécessaire de resserrer l’examen judiciaire lorsque le législateur a prévu une autorisation pour une technique d’enquête qui correspond, sur le plan du fond, à ce que la police cherche à obtenir, mais qui requiert des conditions préalables plus strictes. Par conséquent, le critère fondé sur l’al. 487.01(1)(c) exige la prise en compte de la technique d’enquête que la police cherche à utiliser en fonction de son fond réel et non simplement de sa forme.

L’approche à l’égard de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » accepte un certain degré d’incertitude en chargeant les juges d’examiner au fond les techniques d’enquête censément « nouvelles ». En cas

exists, the police would do well to err on the side of caution. General warrants may not be used as a means to circumvent other authorization provisions that are available but contain more onerous preconditions. Judges faced with an application where the investigative technique, though not identical, comes close in substance to an investigative technique covered by another provision for which more rigorous standards apply should therefore proceed with extra caution. Where careful scrutiny establishes that a proposed investigative technique, although similar, has substantive differences from an existing technique, judges may grant the general warrant, mindful of their obligation under s. 487.01(3) to impose terms and conditions that reflect the nature of the privacy interest at stake.

A literal construction of s. 487.01(1)(c) must be rejected. Such an approach strips the provision of any meaning and renders it all but valueless. Legislative history confirms that general warrants were to play a modest role, affording the police a constitutionally sound path for investigative techniques that Parliament has not addressed. Ensuring that general warrants are confined to their limited role is the true purpose of s. 487.01(1)(c). While the “best interest” requirement in s. 487.01(1)(b) serves to prevent misuse of the general warrant, this provision should not be interpreted as swallowing the distinct analytical question that the “no other provision” test asks. A purposive approach to s. 487.01(1)(c) has nothing to do with investigative necessity. Under the “no other provision” test, the police are not asked to show why an alternative authorization would not work on the facts of a particular case, but rather why it is substantively different from what Parliament has already provided.

In this case, the general warrant is invalid because the investigative technique it authorized was substantively equivalent to an intercept. What the police did — securing prospective authorization for the delivery of future private communications on a continual, if not continuous, basis over a sustained period of time — was substantively equivalent to what they would have done pursuant to a Part VI authorization. It was thus, at a minimum, tantamount to an intercept. Though there is no evidence to suggest that the police acted other than in good faith, the police failed to meet their burden to show that the impugned technique was substantively different from an

d’incertitude, la police ferait bien de pécher par excès de prudence. Le mandat général ne peut être utilisé pour contourner d’autres dispositions applicables en matière d’autorisation, mais qui comportent des conditions préalables plus exigeantes. Les juges saisis d’une demande relative à une technique d’enquête qui, bien que non identique, s’apparente du point de vue du fond à une technique d’enquête prévue par une autre disposition pour laquelle des normes plus rigoureuses s’appliquent devraient redoubler de prudence. Si un examen minutieux établit qu’une technique d’enquête proposée, bien que similaire, est différente, sur le plan du fond, d’une technique existante, les juges peuvent accorder le mandat général en tenant compte de l’obligation que leur impose le par. 487.01(3) de fixer des modalités qui reflètent la nature du droit à la protection de la vie privée en jeu.

L’interprétation littérale de l’al. 487.01(1)c) doit être rejetée. Une telle interprétation vide la disposition de tout sens et lui fait perdre pratiquement toute valeur. L’historique législatif confirme que les mandats généraux devaient jouer un rôle modeste, en offrant à la police une voie constitutionnelle pour recourir à des techniques d’enquête que le législateur n’avait pas abordées. Veiller à ce que le recours aux mandats généraux soit limité constitue le véritable objet de l’al. 487.01(1)c). Bien que l’exigence que le mandat serve « au mieux » l’administration de la justice prévue à l’al. 487.01(1)b) vise à empêcher le recours abusif au mandat général, cette disposition ne devrait pas être interprétée comme englobant la question analytique distincte que pose le critère exigeant qu’il n’y ait « aucune disposition ». Une interprétation téléologique de l’al. 487.01(1)c) n’a rien à voir avec une nécessité pour l’enquête. Suivant la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », la police n’est pas tenue de démontrer pourquoi une autre autorisation ne serait pas praticable au regard des faits d’une affaire en particulier, mais plutôt pourquoi elle est différente sur le plan du fond des autorisations déjà prévues par le législateur.

En l’espèce, le mandat général est invalide parce que la technique d’enquête qu’il autorisait était équivalente sur le fond à une interception. Ce que la police a fait — obtenir l’autorisation prospective de se faire transmettre des communications privées futures de façon continue, sinon constante, pendant une période prolongée — équivalait au fond à ce qu’elle aurait fait conformément à une autorisation visée à la partie VI. Cette transmission équivalait donc, à tout le moins, à une interception. Même si aucun élément de preuve ne laisse entendre que la police a agi autrement que de bonne foi, elle ne s’est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la

intercept. On the facts here, the general warrant served only to provide a means to avoid the rigours of Part VI. The police could and should have sought a Part VI authorization.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): The question of whether what the police did under this general warrant is an interception of a private communication is one of statutory interpretation. When the text of the statutory provisions is read in its full context, it is clear that the general warrant does not authorize an interception that requires a Part VI authorization. While there is no doubt that the text message is a private communication and that text messages here were intercepted by Telus by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, the police in this case, did not intercept those messages when Telus turned over to them copies of sent and received messages previously intercepted by Telus and stored in its databases. Therefore, the investigative technique authorized by the general warrant in this case was not an interception of private communication.

Fundamental to both the purpose and to the scheme of the wiretap provisions is the distinction between *the interception* of private communications and *the disclosure, use or retention* of private communications that have been intercepted. The purpose, text and scheme of Part VI show that the disclosure, use or retention of intercepted private communications is distinct from the act of interception itself. That is, if disclosure or use of a private communication were an interception of it, there would be no need to create the distinct disclosure or use offence. Similarly, the exemptions from criminal liability show that Parliament distinguished between interception on one hand and retention, use and disclosure on the other.

In this case, it is not disputed that Telus was intercepting text messages when it copied them for its own systems administration purposes. However, it is also agreed that Telus lawfully intercepted private communications. Under the general warrant, the police sought disclosure from Telus of information that it had already lawfully intercepted. The general warrant did not require Telus to intercept communications, but to provide copies of communications that it had previously intercepted for its own lawful purposes. As the scheme of the legislation makes clear, disclosure or use of a lawfully intercepted

technique contestée était différente sur le plan du fond d'une interception. D'après les faits de l'espèce, le mandat général n'a servi qu'à éviter la rigidité de la partie VI. La police aurait pu et aurait dû demander une autorisation sous le régime de la partie VI.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : La question de savoir si ce que la police a fait en vertu du mandat général constitue l'interception de communications privées relève de l'interprétation de la loi. À la lecture des dispositions législatives dans leur contexte intégral, il est clair que le mandat général ne permet pas une interception nécessitant une autorisation sous le régime de la partie VI. Si un message texte est incontestablement une communication privée et s'il est tout aussi incontestable que Telus a intercepté des messages textes au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, la police, en l'espèce, n'a pas intercepté ces messages lorsque Telus lui a remis copie des messages envoyés et reçus qu'elle avait préalablement interceptés et stockés dans ses bases de données. Par conséquent, la technique d'enquête autorisée en l'espèce par le mandat général n'est pas une interception de communications privées.

La distinction entre *l'interception* de communications privées et *la divulgation, l'utilisation ou la conservation* de communications privées qui ont été interceptées est fondamentale pour ce qui est de l'objet des dispositions relatives à l'écoute électronique et du régime qu'elles établissent. L'objet, le texte et le régime de la partie VI montrent que la divulgation, l'utilisation ou la conservation de communications privées interceptées sont distinctes de l'interception elle-même. En effet, si la divulgation ou l'utilisation d'une communication privée en constituait l'interception, il n'aurait pas été nécessaire de les ériger en infraction distincte. De la même façon, les exonérations de responsabilité criminelle prévues par le législateur indiquent qu'il a établi une distinction entre l'interception, d'une part, et la conservation, l'utilisation et la divulgation, d'autre part.

En l'espèce, nul ne conteste que Telus interceptait les messages textes lorsqu'elle les copiait pour les besoins de gestion de ses propres systèmes. Cela dit, il est pareillement reconnu que Telus a licitement intercepté des communications privées. En vertu du mandat général, la police a demandé à Telus la divulgation de renseignements que Telus avait déjà légalement interceptés. Le mandat général n'obligeait pas Telus à intercepter des communications, mais à fournir copie de communications qu'elle avait déjà interceptées à des fins licites qui lui étaient propres. Comme l'indique clairement

communication is not an interception. It is inconsistent with the fundamental distinction made by the legislation to conclude that the police were intercepting private communications when Telus provided them with copies of previously intercepted and stored text messages. The distinction in the statute between interception and disclosure cannot be dismissed as a mere “technical difference”. The distinction is fundamental to the scheme of the provisions. When Telus turns over to the police the copies of the communications that it has previously intercepted, Telus is disclosing the communications, not intercepting them again. This disclosure by Telus from its databases cannot be an interception by the police.

Acquiring the content of a previously intercepted and stored communication cannot be an interception because that broad reading is inconsistent with the clear distinction between interception and disclosure in the provisions. Applied broadly, this interpretation of “acquire” would extend the scope of investigative techniques which require wiretap authorizations far beyond anything ever previously contemplated. Further, introducing a temporal aspect of interception would confuse the act of interception with the nature of its authorization. Interception is a technique, a way of acquiring the substance of a private communication. It could not be that exactly the same technique, which acquires information in exactly the same form, may be either a seizure of stored material or an interception, depending on the point in time at which the technique is authorized.

The general warrant is not one of limited resort that should be used sparingly. On the contrary, as numerous authorities have acknowledged, the provision is cast in wide terms. Therefore, it is not accepted as an imperative that s. 487.01 must be interpreted with a view to heavily restricting its use. The focus of the inquiry is on two matters (in addition of course to reasonable grounds to believe that an offence has been committed and that information concerning the offence will be obtained): Is authorization for the “technique, procedure or device to be used or the thing to be done” provided for in any other federal statute, and is it in the best interests of the administration of justice to authorize it to be done? Section 487.01(1)(c) provides that a general warrant may issue if “there is no other provision . . . that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the

le régime législatif, la divulgation ou l’utilisation de communications interceptées légitimement ne constituent pas une interception. La conclusion que la police interceptait des communications privées en recevant de Telus des copies de messages textes déjà interceptés et stockés est incompatible avec la distinction fondamentale qu’établit le texte de loi. La distinction que fait la loi entre l’interception et la divulgation ne peut pas être qualifiée de simple « différence technique ». Elle constitue un élément fondamental du régime créé par les dispositions en cause. Lorsque Telus remet à la police les copies de communications déjà interceptées, elle les divulgue, elle ne les intercepte pas à nouveau. Cette divulgation par Telus de données stockées dans ses bases de données ne peut pas constituer une interception par la police.

On n’intercepte pas des communications déjà interceptées et stockées en en prenant connaissance, parce qu’une telle interprétation large est incompatible avec la nette distinction que font les dispositions législatives entre interception et divulgation. L’application générale de cette interprétation de « prendre volontairement connaissance » élargirait bien au-delà de tout ce qui a déjà pu être envisagé le champ des techniques d’enquête nécessitant une autorisation d’écoute électronique. En outre, introduire un aspect temporel à la notion d’interception confond l’acte d’intercepter et la nature de son autorisation. L’interception est une technique, une façon de prendre connaissance de la substance d’une communication privée. La même technique, donnant connaissance de l’information sous la même forme, ne peut pas constituer soit une saisie de renseignements stockés, soit une interception, selon le moment où elle est autorisée.

Le mandat général n’est pas une autorisation qu’il faut utiliser de façon limitée et avec modération. Au contraire, cette disposition est formulée en termes larges, ainsi que le signalent de nombreux auteurs. Par conséquent, la prémisse voulant que cet article doive être interprété de façon à en restreindre sévèrement l’utilisation est rejetée. L’examen porte sur deux points (outre, bien sûr, les motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise et que l’autorisation demandée permettra d’obtenir des renseignements la concernant) : l’autorisation porte-t-elle sur l’utilisation d’« un dispositif ou une technique ou une méthode d’enquête » ou « l’accomplissement d’un acte » prévu par une autre disposition législative fédérale, et sert-elle au mieux l’administration de la justice? L’alinéa 487.01(1)(c) prévoit qu’un mandat général peut être décerné « s’il n’y a aucune disposition [. . .] qui prévoit un mandat, une autorisation ou

thing to be done”. The words “technique”, “procedure”, “device to be used” and “thing to be done” all are concerned with *what* the police want to do, not *why* they want to do it. This paragraph does not require issuing judges to consider whether other techniques are similar or allow access to the same evidence; it simply asks if the *same technique* can be authorized by another provision. This is not simply a narrow, literal interpretation of s. 487.01. Rather, it is an interpretation that reflects its purpose of conferring a broad judicial discretion to authorize the police to “use any device or investigative technique or procedure or do any thing”, provided of course that the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so, having due regard to the importance of the constitutional right to be free of unreasonable searches and seizures. However, courts should not authorize anything the police seek to do simply because it is not authorized elsewhere. The judicial discretion to issue the warrant must give full effect to the protection of reasonable expectations of privacy as set out under s. 8 of the *Charter*.

There is no support in the text or the purpose of s. 487.01(1)(c), or in the jurisprudence, for building into it a “substantive equivalency” test. The paragraph asks a simple question: Does federal legislation provide for “a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done”? Where this threshold is met, the judge is entitled to consider granting the requested authorization. The further question of whether the authorization *ought* to be granted is not the focus of this paragraph of the section. Rather, whether a general warrant ought to issue is properly considered under s. 487.01(1)(b), which asks whether authorizing the warrant would be in the best interests of the administration of justice. This approach is not only supported by the text, purpose and jurisprudence, but by the application of a “substantive equivalency” test creates unnecessary uncertainty and distracts the issuing judge from the question of whether the technique sought to be authorized is inconsistent with the right to be free from unreasonable searches and seizures. Predictability and clarity in the law are particularly important in the area of judicial pre-authorization of searches. The primary objective of pre-authorization is

une ordonnance permettant une telle utilisation [d’un dispositif, d’une technique ou d’une méthode d’enquête] ou l’accomplissement d’un tel acte ». Les mots « une telle utilisation [d’un dispositif, d’une technique ou d’une méthode d’enquête] » et « l’accomplissement d’un tel acte » renvoient tous à *ce que* la police veut faire, non aux *raisons* motivant ce choix. Cet alinéa n’exige pas que le juge saisi examine s’il existe des techniques analogues et si elles permettent d’obtenir les mêmes éléments de preuve, mais simplement si *une telle utilisation* peut être autorisée par une autre disposition. Il ne s’agit pas simplement d’une interprétation étroite et littérale de l’art. 487.01. Il s’agit plutôt d’une interprétation qui rend compte de son objet : l’octroi au juge du vaste pouvoir discrétionnaire d’autoriser la police « à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d’enquête, ou à accomplir tout acte », pourvu, naturellement, que le juge soit convaincu que l’autorisation sert au mieux l’administration de la justice après avoir accordé l’importance voulue à la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Un juge ne devrait toutefois pas autoriser tout ce que la police cherche à faire simplement parce que l’autorisation n’est pas prévue par un autre texte législatif. Son pouvoir discrétionnaire de décerner le mandat doit s’exercer en donnant pleinement effet à la protection des attentes raisonnables en matière de vie privée, comme l’établit l’art. 8 de la *Charte*.

L’inclusion à l’al. 487.01(1)c) d’un critère de « l’équivalent sur le plan du fond » n’est étayée ni par le texte de cette disposition, ni par son objet, ni par la jurisprudence. La question posée par cet alinéa est simple : Est-ce qu’une loi fédérale prévoit « un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l’accomplissement d’un tel acte »? Lorsque cette condition préalable est respectée, le juge peut envisager d’accorder l’autorisation demandée. La question de savoir *s’il y a lieu* d’accorder l’autorisation demandée ne relève pas de cet alinéa. Pour déterminer s’il y a lieu de décerner un mandat général, il faut plutôt se tourner vers l’al. 487.01(1)b), lequel pose la question de savoir si la délivrance du mandat général servirait au mieux l’administration de la justice. Non seulement le texte et l’objet de la disposition de même que la jurisprudence étaient-ils une telle approche, mais l’application d’un critère de « l’équivalent sur le plan du fond » engendre une incertitude inutile et détourne le juge de la question de la compatibilité de la technique visée par la demande d’autorisation avec le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. La prévisibilité et la clarté du droit revêtent une importance

not to identify unreasonable searches after the fact, but to ensure that unreasonable searches are not conducted. The requirements for pre-authorization should be as clear as possible to ensure that *Charter* rights are fully protected.

The technique sought to be authorized here is not the substantive equivalent of a wiretap authorization. On the facts of this case, a wiretap authorization alone would not allow the police to obtain the information that Telus was required to provide under the general warrant. Three separate authorizations would be required in order to provide the police with the means to access the information provided to them under the general warrant. Therefore, even if one were to accept reading into s. 487.01(1)(c) a “substantive equivalency” test, neither the facts nor the law would support its application in this case.

The police did not seek a general warrant in this case as a way to avoid the rigours of Part VI. The general warrant achieved the legitimate aims of the police investigation in a much more convenient and cost-effective manner than any other provision would have allowed. There is no evidence of “misuse” of s. 487.01. The effective and practical police investigation by a relatively small municipal police force was fully respectful of the privacy interests of the targets of the investigation and other Telus subscribers.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751; *R. v. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. v. Ford*); *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427.

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *R. v. Brand*, 2008 BCCA

particulière en matière d’autorisation judiciaire préalable de fouilles et de perquisitions. L’autorisation préalable n’a pas pour but premier de détecter après le fait des fouilles ou perquisitions abusives, mais d’en prévenir l’existence. Les exigences en matière d’autorisation préalable doivent être aussi claires que possible pour assurer l’entière protection du droit garanti par la *Charte*.

La technique visée par la demande d’autorisation en l’espèce n’équivaut pas fondamentalement à l’autorisation de l’écoute électronique. Vu les faits de la présente espèce, l’autorisation d’écoute électronique seule ne permettrait pas à la police d’obtenir les renseignements que Telus devait fournir en exécution du mandat général. Il faudrait trois autorisations distinctes pour que la police ait accès à l’information qu’elle recevrait grâce au mandat général. Ainsi, même si l’on acceptait l’ajout par interprétation, à l’al. 487.01(1)c), d’un critère de « l’équivalent sur le plan du fond », ni les faits ni le droit n’étayaient son application en l’espèce.

La demande de la police visant à obtenir un mandat général en l’espèce n’était pas une façon de contourner les exigences de la partie VI. Le mandat général permettait l’atteinte des objectifs légitimes de l’enquête policière de façon beaucoup plus pratique et économique que ce qui aurait pu être autorisé en vertu de toute autre disposition. Il n’y a aucune preuve de « recours abusif » à l’art. 487.01. Un service de police municipal de taille plutôt réduite a mené une enquête de façon efficace et pratique, en respectant pleinement le droit à la vie privée des personnes visées par l’enquête ainsi que des autres abonnés de Telus.

Jurisprudence

Citée par le juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751; *R. c. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. c. Ford*); *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427.

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *R. c. Brand*, 2008

94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. v. Ford*); *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 176, rev'd [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992.

By Cromwell J. (dissenting)

Tele-Mobile Co. v. Ontario, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. v. Bahr*, 2006 ABPC 360, 434 A.R. 1; *R. v. Cross*, 2007 CanLII 64141; *R. v. Little*, 2009 CanLII 41212; *R. v. Tse*, 2008 BCSC 906 (CanLII); *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181, 281 A.R. 333; *R. v. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii; *R. v. Lauda* (1998), 37 O.R. (3d) 513, aff'd [1998] 2 S.C.R. 683; *R. v. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641; *R. v. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. v. Ford*); *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act, S.C. 1993, c. 40 (Bill C-109).
 Bill C-30, *Protecting Children from Internet Predators Act*, 1st Sess., 41st Parl., 2011-12 (First Reading, February 14, 2012).
 Bill C-55, *Response to the Supreme Court of Canada Decision in R. v. Tse Act*, 1st Sess., 41st Parl., 2011-12-13 (First Reading, February 11, 2013).
 Bill C-176, *Protection of Privacy Act*, 1st Sess., 29th Parl., 1973, Explanatory Note.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 183 “intercept”, “private communication”, 184, 184.4, 185, 186, 189, 193, 195, 196, 487, 487.01 [ad. 1993, c. 40, s. 15], 487.012, 487.02, 492.2(1), (2).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 35 “telecommunications” [am. 1993, c. 38, s. 87].
Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50.

Authors Cited

Coughlan, Steve. “*R. v. Ha: Upholding General Warrants without Asking the Right Questions*” (2009), 65 C.R. (6th) 41.
 Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.

BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. c. Ford*); *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 176, inf. par [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

Société Télé-Mobile c. Ontario, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241; *R. c. Bahr*, 2006 ABPC 360, 434 A.R. 1; *R. c. Cross*, 2007 CanLII 64141; *R. c. Little*, 2009 CanLII 41212; *R. c. Tse*, 2008 BCSC 906 (CanLII); *R. c. Weir*, 2001 ABCA 181, 281 A.R. 333; *R. c. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii; *R. c. Lauda* (1998), 37 O.R. (3d) 513, conf. par [1998] 2 R.C.S. 683; *R. c. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641; *R. c. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. c. Ford*); *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie VI, art. 183 « communication privée », « intercepter », 184, 184.4, 185, 186, 189, 193, 195, 196, 487, 487.01 [aj. 1993, ch. 40, art. 15], 487.012, 487.02, 492.2(1), (2).
Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 35 « télécommunication » [mod. 1993, ch. 38, art. 87].
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication, L.C. 1993, ch. 40 (projet de loi C-109).
Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50.
 Projet de loi C-30, *Loi sur la protection des enfants contre les cyberprédateurs*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2011-2012 (Première lecture le 14 février 2012).
 Projet de loi C-55, *Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire R. c. Tse*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2011-2012-2013 (Première lecture le 11 février 2013).
 Projet de loi C-176, *Loi sur la protection de la vie privée*, 1^{re} sess., 29^e lég., 1973, Notes explicatives.

Doctrine et autres documents cités

Coughlan, Steve. « *R. v. Ha : Upholding General Warrants without Asking the Right Questions* » (2009), 65 C.R. (6th) 41.
 Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2010.

Hutchison, Scott C. *Hutchison's Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, 2nd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2004.

Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 7).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (Sproat J.), 2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411, [2011] O.J. No. 974 (QL), 2011 CarswellOnt 1331, upholding the validity of a general warrant and related assistance order. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

Scott C. Hutchison, Michael Sobkin and Fredrick Schumann, for the appellant.

Croft Michaelson and Lisa Matthews, for the respondent.

Michal Fairburn, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Wendy Matheson and Rebecca Wise, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Tamir Israel*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

The judgment of LeBel, Fish and Abella JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — For many Canadians, text messaging has become an increasingly popular form of communication. Despite technological differences, text messaging bears several hallmarks of traditional voice communication: it is intended to be conversational, transmission is generally instantaneous, and there is an expectation of privacy

Hutchison, Scott C. *Hutchison's Canadian Search Warrant Manual 2005 : A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, 2nd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2004.

Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, vol. 1. Toronto : Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 7).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto : Carswell, 1979.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Sproat), 2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411, [2011] O.J. No. 974 (QL), 2011 CarswellOnt 1331, qui a confirmé la validité d'un mandat général et d'une ordonnance d'assistance connexe. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Scott C. Hutchison, Michael Sobkin et Fredrick Schumann, pour l'appelante.

Croft Michaelson et Lisa Matthews, pour l'intimée.

Michal Fairburn, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Wendy Matheson et Rebecca Wise, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Tamir Israel*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish et Abella rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Pour bon nombre de Canadiennes et de Canadiens, la messagerie texte est devenue une forme de communication de plus en plus populaire. Malgré certaines différences technologiques, elle présente plusieurs caractéristiques de la communication orale traditionnelle : elle se veut un moyen de conversation, la

in the communication. The issue in this appeal is the proper procedure under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for authorizing the prospective daily production of these messages from a computer database maintained by a telecommunications service provider.

[2] The service provider in this case is TELUS Communications Company. It urges this Court to find that the prospective, daily acquisition of text messages from their computer database constitutes an interception of private communications and therefore requires authorization under Part VI of the *Code*, a comprehensive scheme for “wiretap authorizations” for the interception of private communications. The Crown, on the other hand, contends that the retrieval of messages from a computer maintained by a service provider does not fall within the scope of Part VI because the production of messages in computer storage does not amount to an “interception”, and that the police are therefore permitted to use the general warrant power in s. 487.01 of the *Code* to get copies of the text messages.

[3] Part VI of the *Code* provides a scheme to protect private communications. Telus employs a unique process for transmitting text messages that results in the messages being stored on their computer database for a brief period of time. The question in this appeal is whether the technical differences inherent in Telus’ transmission of text messages should deprive Telus subscribers of the protection of the *Code* that every other Canadian is entitled to.

[4] The focus of this appeal therefore turns on the interpretation of “intercept” within Part VI. “Intercept” is used throughout Part VI with reference to the intercept of *private communications*. This

transmission du message est généralement instantanée et l’on s’attend à ce que la communication demeure privée. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer la procédure qui doit être appliquée par les tribunaux, en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour autoriser la communication prospective, sur une base quotidienne, de tels messages se trouvant dans une base de données informatique exploitée par un fournisseur de services de télécommunications.

[2] En l’espèce, le fournisseur de services concerné est la Société TELUS Communications. Cette dernière invite la Cour à conclure que la prise de connaissance volontaire prospective, sur une base quotidienne, de messages textes se trouvant dans sa base de données constitue une interception de communications privées et doit, en conséquence, être autorisée en vertu de la partie VI du *Code*, laquelle instaure un régime complet d’« autorisation d’écoute électronique » en vue de l’interception de communications privées. Le ministère public soutient pour sa part que l’extraction de messages d’un ordinateur exploité par un fournisseur de services ne relève pas de la partie VI, parce que la production de messages stockés sur ordinateur ne constitue pas une « interception », et que les policiers peuvent par conséquent invoquer le mandat général prévu à l’art. 487.01 du *Code* pour être autorisés à obtenir copie de messages textes.

[3] La partie VI du *Code* établit un régime de protection des communications privées. Par suite de la procédure particulière que Telus applique pour transmettre des messages textes, ces messages sont stockés brièvement dans sa base de données informatique. La question qui se pose en l’espèce consiste à décider si, en raison des différences techniques inhérentes à la procédure de transmission des messages textes propre à Telus, les abonnés de cette dernière devraient être privés des mesures de protection prévues par le *Code* et auxquelles ont droit tous les autres Canadiens.

[4] Le nœud du présent pourvoi réside donc dans l’interprétation du mot « intercepter » utilisé à la partie VI. Dans toute cette partie, ce mot se rapporte à l’interception de *communications privées*.

means that in interpreting “intercept a private communication”, we must consider the broad scope of Part VI and its application across a number of technological platforms, as well as its objective of protecting individual privacy interests in communications by imposing particularly rigorous safeguards. The interpretation should not be dictated by the technology used to transmit such communications, like the computer used in this case, but by what was intended to be protected under Part VI.

[5] Text messaging is, in essence, an electronic conversation. The only practical difference between text messaging and the traditional voice communications is the transmission process. This distinction should not take text messages outside the protection of private communications to which they are entitled in Part VI. Technical differences inherent in new technology should not determine the scope of protection afforded to private communications.

Background

[6] When Telus subscribers send a text message, the transmission of that message takes place in the following sequence. It is first transmitted to the nearest cell tower, then to Telus’ transmission infrastructure, then to the cell tower nearest to the recipient, and finally to the recipient’s phone. If the recipient’s phone is turned off or is out of range of a cell tower, the text message will temporarily pause in Telus’ transmission infrastructure for up to five days. After five days, Telus stops trying to deliver the message and deletes it without notifying the sender.

[7] Unlike most telecommunications service providers, Telus routinely makes electronic copies

Il faut par conséquent interpréter l’expression « intercepter une communication privée » en tenant compte de la vaste portée de la partie VI, du fait qu’elle s’applique à différentes plateformes technologiques ainsi que de son objectif, à savoir la protection du droit individuel à la vie privée en matière de communication au moyen de garanties particulièrement strictes. Cette interprétation ne doit pas être dictée par le moyen technologique qui est employé pour transmettre de telles communications, par exemple l’ordinateur utilisé en l’espèce, mais plutôt par les aspects que le législateur a voulu protéger au moyen des dispositions de la partie VI.

[5] La messagerie texte est, essentiellement, une conversation électronique. La seule distinction entre la messagerie texte et les communications orales traditionnelles réside dans le processus de transmission. Cette distinction ne devrait pas avoir pour effet de priver les messages textes des mesures de protection des communications privées auxquelles ces messages ont droit sous le régime de la partie VI. Les différences techniques intrinsèques des nouvelles technologies ne devraient pas déterminer l’étendue de la protection accordée aux communications privées.

Contexte

[6] Lorsqu’un abonné de Telus envoie un message texte, la transmission de ce message se déroule suivant la séquence d’opérations suivante : le message est d’abord transmis à la tour de transmission la plus proche, qui le relaie à l’infrastructure de transmission de Telus, d’où il est ensuite acheminé à la tour de transmission la plus proche du destinataire puis, enfin, au téléphone de ce dernier. Si l’appareil du destinataire est éteint ou hors de portée d’une tour de transmission, le message demeure temporairement dans l’infrastructure de transmission de Telus pendant une période maximale de cinq jours, après quoi Telus met fin aux tentatives de transmission et supprime le message sans en informer l’expéditeur.

[7] Contrairement à la plupart des fournisseurs de services de télécommunications, Telus a pour

of all the text messages sent or received by its subscribers and stores them on a computer database for a period of 30 days. Text messages that are sent by a Telus subscriber are copied to the computer database during the transmission process at the point in time when the text message enters Telus' transmission infrastructure. Text messages received by a Telus subscriber are copied to the computer database when the Telus subscriber's phone receives the message. In many instances, this system results in text messages being copied to the computer database before the recipient's phone has received the text message and/or before the intended recipient has read the text message.

[8] On March 27, 2010, the Owen Sound Police Service obtained a general warrant under s. 487.01 and related assistance order under s. 487.02 of the *Code*. The warrant named two Telus wireless subscribers and required Telus to provide the police with copies of any text messages sent or received by these subscribers which were stored on Telus' computer database. In addition, the warrant required the production of subscriber information identifying any individuals who sent text messages to, or received text messages from the two individuals who were the target of the warrant.

[9] The warrant covered a subsequent two-week period between March 30, 2010 and April 16, 2010. During this time, the warrant required Telus to abide by a specific production schedule. On March 30, 2010, Telus was required to produce the information for March 18, 2010 to March 30, 2010. On each of the following 13 days, Telus was required to produce, on a daily basis, the text messages sent or received within the last 24 hours, as well as any related subscriber information.

[10] Telus argued that the warrant was invalid because the police had failed to satisfy the requirement under s. 487.01(1)(c) of the *Code* that a general warrant could not be issued

pratique de copier électroniquement les messages textes envoyés ou reçus par ses abonnés et de les conserver dans une base de données pendant une période de 30 jours. Les messages textes envoyés par un abonné sont copiés dans la base de données à l'étape du processus de transmission où ils entrent dans l'infrastructure de transmission de Telus. Les messages textes que reçoit un abonné sont copiés lorsqu'ils parviennent à l'appareil de ce dernier. En raison de ce système, il arrive dans bien des cas que le message texte soit copié dans la base de données avant de parvenir à l'appareil du destinataire ou avant que ce dernier ne l'ait lu, ou les deux.

[8] Le 27 mars 2010, le service de police d'Owen Sound a obtenu un mandat général en vertu de l'art. 487.01, ainsi qu'une ordonnance d'assistance connexe en vertu de l'art. 487.02 du *Code*. Le mandat désignait deux abonnés des services mobiles de Telus et obligeait cette entreprise à fournir aux policiers copie de tous les messages textes envoyés ou reçus par ces abonnés qui étaient conservés dans la base de données de Telus. Le mandat exigeait en outre la production de renseignements relatifs aux abonnés permettant d'identifier toute personne ayant envoyé des messages textes aux deux personnes visées par le mandat ou ayant reçu de tels messages de ces personnes.

[9] Le mandat visait une période subséquente de deux semaines allant du 30 mars au 16 avril 2010, période pendant laquelle Telus devait observer un calendrier de communication précis. Le 30 mars 2010, Telus devait produire les renseignements se rapportant à la période du 18 au 30 mars 2010. Au cours de chacun des 13 jours suivants, elle devait produire, sur une base quotidienne, les messages textes envoyés ou reçus pendant les 24 heures précédentes, ainsi que tout renseignement connexe relatif aux abonnés.

[10] Telus a soutenu que le mandat était invalide parce que les policiers n'avaient pas respecté la condition prévue par l'al. 487.01(1)(c) du *Code*, à savoir qu'un mandat général ne peut être décerné

if another provision in the *Code* is available to authorize the technique used by police. Since the warrant purports to authorize the interception of private communications, and since Part VI is the scheme that authorizes the interception of private communications, a general warrant was not available. The Crown's position, on the other hand, was that the retrieval of messages from Telus' computer database does not fall within the scope of Part VI since the copies on Telus' computer database are not real-time communications and the police are therefore permitted to use the general warrant power to authorize the prospective production of text messages stored on a service provider's computer.

[11] The application judge dismissed Telus' application (2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411). The part of the warrant that required production of historical messages predating the issuance of the warrant was rescinded since both the Crown and Telus conceded that a production order was available to obtain those messages.

[12] In my view, text messages are private communications and, even if they are stored on a service provider's computer, their prospective production requires authorization under Part VI of the *Code*.

[13] If Telus did not maintain its computer database, there is no doubt that the police would be required to obtain an authorization under Part VI to secure the prospective, and in this case continuous, production of text messages. In fact, most service providers do not routinely copy text messages to a computer database as part of their transmission service. Accordingly, if the police wanted to target an individual who used a different service provider, they would have no option but to obtain wiretap authorizations under Part VI to compel the prospective and continuous production of their text messages. This creates a manifest unfairness to individuals who are unlikely to realize that their

si une autre disposition du *Code* permet d'autoriser la technique utilisée par les policiers. Comme le mandat entendait autoriser l'interception de communications privées et que les interceptions de ce genre sont régies par le régime de la partie VI, un mandat général ne pouvait être délivré. Pour sa part, le ministère public a plaidé que l'extraction de messages de cette base de données de Telus ne relevait pas de la partie VI, puisque les copies emmagasinées dans la base de données n'étaient pas des communications en temps réel et que, de ce fait, les policiers pouvaient demander un mandat général autorisant la production de futurs messages textes stockés dans la base de données d'un fournisseur.

[11] Le juge saisi de la demande a débouté Telus (2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411). La partie du mandat visant la communication d'anciens messages antérieurs à la délivrance du mandat a été annulée, étant donné que tant le ministère public que Telus ont reconnu qu'il était possible de demander une ordonnance de communication afin d'obtenir ces messages.

[12] À mon avis, les messages textes constituent des communications privées et, même s'ils sont stockés dans l'ordinateur d'un fournisseur de services, la communication prospective de futurs messages de cette nature doit être autorisée en vertu de la partie VI du *Code*.

[13] Si Telus n'exploitait pas une base de données informatique, il ne fait aucun doute que les policiers seraient tenus d'obtenir une autorisation en vertu de la partie VI afin de recevoir prospectivement communication de messages textes, et ce, sur une base continue en l'espèce. En fait, la plupart des fournisseurs de services de transmission ne copient pas systématiquement les messages textes dans une base de données. Par conséquent, si la personne ciblée par les policiers était desservie par un fournisseur différent, ces derniers devraient nécessairement obtenir des autorisations d'écoute électronique sous le régime de la partie VI pour contraindre ce fournisseur à leur communiquer

choice of telecommunications service provider can dramatically affect their privacy.

[14] I would therefore allow the appeal and quash the general warrant and related assistance order.

Analysis

[15] We have not been asked to determine whether a general warrant is available to authorize the production of historical text messages, or to consider the operation and validity of the production order provision with respect to private communications. Rather, the focus of this appeal is on whether the general warrant power in s. 487.01 of the *Code* can authorize the *prospective* production of future text messages from a service provider's computer. That means that we need not address whether the seizure of the text messages would constitute an interception if it were authorized after the messages were stored.

[16] Section 487.01 was enacted in 1993 as part of a series of amendments to the *Code* in Bill C-109, S.C. 1993, c. 40. The Bill introduced a number of new judicial authorization provisions. Section 487.01 was meant to make search warrants available for techniques or procedures not specified in the *Code*. It authorizes a judge to issue a general warrant permitting a peace officer to "use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure":

487.01 (1) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or

de façon prospective et continue de futurs messages textes. Cette situation crée une injustice flagrante pour les personnes qui ne réalisent vraisemblablement pas que le choix de leur fournisseur de services de télécommunications peut avoir de sérieuses répercussions sur leur vie privée.

[14] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler le mandat général et l'ordonnance d'assistance connexe.

Analyse

[15] Il ne nous a pas été demandé de décider si un mandat général peut autoriser la communication de messages textes existants ou encore d'examiner l'application et la validité de la disposition régissant les ordonnances de communication en ce qui concerne les communications privées. Le présent pourvoi soulève plutôt la question de savoir si la communication *prospective* de futurs messages textes se trouvant dans l'ordinateur d'un fournisseur de services peut être autorisée en vertu du mandat général prévu à l'art. 487.01 du *Code*. Cela signifie que nous n'avons pas besoin de décider si la saisie de ces messages textes constituerait une interception si elle était autorisée après leur stockage.

[16] Édicté en 1993, l'art. 487.01 faisait partie d'une série de modifications apportées au *Code* par le projet de loi C-109, L.C. 1993, ch. 40. Ce projet de loi a instauré plusieurs nouvelles dispositions en matière d'autorisation judiciaire. L'article 487.01 a pour objectif de permettre l'obtention de mandats de perquisition à l'égard de techniques ou méthodes non précisées dans le *Code*. Il habilite un juge à décerner un mandat général autorisant un agent de la paix à « utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive » :

487.01 (1) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une

do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

(c) *there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.*

[17] The key to this case lies in whether s. 487.01(1)(c) applies, namely, whether another provision would provide for the authorization sought in this case. In *R. v. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, MacPherson J.A. observed that the focus of the s. 487.01(1)(c) analysis is “on the particular investigative technique or procedure that the police seek to utilize and whether it can properly be authorized by another provision in the Code or any other federal statute” (at para. 43; see also *R. v. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. v. Ford*), at para. 50).

[18] Viewed contextually, therefore, s. 487.01(1)(c) stipulates that the general warrant power is residual and resort to it is *precluded* where judicial approval for the proposed technique, procedure or device or the “doing of the thing” is available under the *Code* or another federal statute.

[19] In other words, s. 487.01(1)(c) should be broadly construed to ensure that the general warrant is not used presumptively. This is to prevent

méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

c) *s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.*

[17] La solution du présent pourvoi dépend de la question de savoir si l'al. 487.01(1)(c) s'applique à la présente situation, en d'autres mots s'il existe une autre disposition permettant d'obtenir l'autorisation qui est sollicitée en l'espèce. Dans *R. c. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, le juge MacPherson a fait remarquer que l'analyse fondée sur l'al. 487.01(1)(c) s'attache à [TRADUCTION] « la technique ou méthode d'enquête particulière que la police veut utiliser et à la question de savoir si cette technique ou méthode peut être autorisée par une autre disposition du Code ou d'une autre loi fédérale » (par. 43; voir aussi *R. c. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. c. Ford*), par. 50).

[18] Par conséquent, il ressort d'un examen contextuel de l'al. 487.01(1)(c) que le pouvoir d'accorder un mandat général a un caractère résiduel et que son utilisation est *interdite* dans le cas où une autre disposition du *Code* ou d'une autre loi fédérale permet à un juge d'autoriser l'utilisation du dispositif, de la technique ou de la méthode proposé ou encore l'accomplissement de l'acte envisagé.

[19] Autrement dit, l'al. 487.01(1)(c) doit être interprété largement de sorte que le mandat général ne soit pas utilisé comme mesure de premier

the circumvention of more specific or rigorous pre-authorization requirements for warrants (S. C. Hutchison et al., *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at p. 16-40.3).

[20] This means that the Crown is only entitled to a general warrant where it can show that no other provision would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, including, as Moldaver J. observes, provisions that authorize techniques which are substantively equivalent to the technique proposed by the police in a given case. The investigative technique authorized by the general warrant in this case allowed the police to obtain prospective production of future text messages on a daily basis for a two-week period directly from a service provider. The essence of the Crown's argument was that no other provision was available because the retrieval of stored messages was not an interception. If the Crown is right, they are entitled to a general warrant. If they are wrong, the general warrant must be quashed. Either way, it is impossible to avoid an examination of whether the technique the police sought to employ was something that required a Part VI authorization.

[21] The Crown never conceded that these were circumstances in which a choice was available under either a general warrant or a Part VI authorization. Instead, it argued that the requirement in s. 487.01(1)(c) was satisfied because no other provision was available to authorize the prospective production of future text messages stored on a service provider's computer, maintaining that Part VI did not apply because the retrieval of messages from computer storage is not an "intercept". That is the central issue that is engaged in this case.

[22] This requires us to determine whether Part VI applies to the prospective, and in this

recours. Il a pour but d'éviter que les autorités se soustraient aux exigences plus spécifiques ou rigoureuses en matière d'autorisation préalable (S. C. Hutchison et autres, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 16-40.3).

[20] Cela signifie que le ministère public a droit à un mandat général uniquement lorsqu'il est en mesure de prouver qu'aucune autre disposition ne prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant le recours à la technique en question, y compris, comme le souligne le juge Moldaver, quelque disposition autorisant des techniques équivalentes, sur le plan du fond, à celle proposée par les policiers dans une affaire donnée. La technique d'enquête autorisée par le mandat général délivré en l'espèce a permis à la police d'obtenir directement d'un fournisseur de services, et ce, chaque jour pendant une période de deux semaines, la communication prospective de futurs messages textes. L'argument du ministère public consiste essentiellement à dire qu'il était impossible de recourir à une autre disposition, étant donné que l'extraction de messages stockés ne constituait pas une interception. Si le ministère public a raison, il a droit à la délivrance d'un mandat général. S'il a tort, le mandat général qui a été délivré doit être annulé. D'une manière ou d'une autre, il est essentiel de déterminer si la technique que la police voulait employer devait être autorisée sous le régime de la partie VI.

[21] Le ministère public n'a à aucun moment concédé que les circonstances de la présente espèce donnaient ouverture soit à un mandat général soit à une autorisation fondée sur la partie VI. Il a plutôt affirmé que la condition prévue à l'al. 487.01(1)(c) était respectée, vu l'absence d'autre disposition permettant d'obtenir la communication prospective de futurs messages textes stockés dans l'ordinateur d'un fournisseur de services, la partie VI n'étant pas selon lui applicable du fait que l'extraction de messages stockés dans un ordinateur ne constitue pas une « interception ». Il s'agit là de la question centrale à trancher en l'espèce.

[22] La Cour doit donc décider si la partie VI s'applique à la communication prospective — et, en

case continuous, production of text messages sought by the police, or whether the fact that the messages are stored in Telus' computer means that their retrieval by the police is not an "intercept". If Part VI does apply, then in accordance with s. 487.01(1)(c), a general warrant is not available.

[23] Section 184(1) makes it an indictable offence to "wilfully intercept[t] a private communication" by use of a device. Part VI provides a comprehensive scheme for the authorization of these interceptions. It was enacted in 1974 through the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, which amended the *Code* to add Part IV.1 (now Part VI) entitled "Invasion of Privacy". The goal of the legislation was explained by Zuber J.A. in *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.) as follows:

It is apparent that in enacting the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, . . . Parliament had two objectives. The first was to protect private communications by prohibiting interception and to render inadmissible evidence obtained in violation of the statute. The second objective, which balances the first, was to recognize the need to allow the appropriate authorities, subject to specific controls, to intercept private communications in the investigation of serious crime, and to adduce the evidence thus obtained. [p. 369]

[24] Because the purpose of Part VI is to restrict the ability of the police to obtain and disclose private communications, it is drafted broadly to ensure the necessary protection. In *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, this Court explained this breadth as follows:

This is broad legislation embracing in these extensive provisions the use of a wide range of radio, telephone, optical and acoustical devices for listening to and recording private communications as broadly defined. It is not "wiretapping" legislation, nor eavesdropping legislation, nor radio regulation. It is the regulation of all these things and "any other device" that may be used to intercept intelligence reasonably expected by the

l'espèce, continue — des messages textes demandés par la police ou si, du fait que ces messages sont stockés dans l'ordinateur de Telus, leur extraction ne constitue pas une « interception ». Si la partie VI s'applique, un mandat général ne peut alors être décerné, conformément à l'al. 487.01(1)c).

[23] Aux termes du par. 184(1), constitue un acte criminel le fait d'« intercept[er] volontairement une communication privée » au moyen d'un dispositif. La partie VI établit un régime exhaustif pourvoyant à l'autorisation de telles interceptions. Ces dispositions ont été édictées en 1974 par la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, qui a modifié le *Code* en y ajoutant la partie IV.1 (aujourd'hui la partie VI) intitulée « Atteintes à la vie privée ». Le juge Zuber a expliqué ainsi l'objet de ces dispositions dans *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] Il est évident qu'en édictant la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), ch. 50, [. . .] le Parlement visait deux objectifs. Le premier était de protéger les communications privées en interdisant leur interception et en rendant inadmissible la preuve obtenue en violation de cette loi. Le second objectif, qui fait contrepoids au premier, était de reconnaître la nécessité de permettre aux autorités compétentes, sous réserve de certaines restrictions précises, d'intercepter des communications privées dans le cadre d'une enquête sur un crime grave et de produire la preuve ainsi obtenue. [p. 369]

[24] Parce qu'elle a pour objet de restreindre la capacité des policiers d'obtenir et de divulguer des communications privées, la partie VI est rédigée en termes généraux afin d'assurer la protection nécessaire. Dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, la Cour a expliqué ainsi la portée de ces dispositions :

Il s'agit d'un texte législatif général qui vise, par ces dispositions étendues, l'utilisation de toute une gamme de dispositifs radioélectriques, téléphoniques, optiques et acoustiques pour écouter et enregistrer les communications privées dont une définition générale est donnée. Il ne s'agit ni d'un texte législatif portant sur le branchement clandestin de lignes téléphoniques ou sur l'écoute clandestine, ni d'un règlement sur la radio.

originator not to be intercepted by anyone other than the intended recipient. [p. 664]

[25] The definition of “intercept” in s. 183 includes “listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof”. Consistent with the broad scope of Part VI, this definition is not exhaustive and focuses on the state acquisition of informational content — the substance, meaning, or purport — of the private communication. It is not just the communication itself that is protected, but any derivative of that communication that would convey its substance or meaning. “[P]rivate communication” is defined in s. 183 as follows:

... any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it;

[26] This definition focuses on the individual’s reasonable expectation of privacy in the communication. The word “telecommunication” used in this definition is in turn defined in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 35, amended in 1993 (S.C. 1993, c. 38, s. 87) as “the emission, transmission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or by any similar technical system”.

[27] Sections 185 and 186 of the *Code* set out the general requirements governing the application

Il s’agit d’une réglementation de toutes ces choses et de « tout autre dispositif » qui peut servir à intercepter des renseignements dont l’auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’ils ne soient pas interceptés par une personne autre que celle à laquelle il les destine. [p. 664]

[25] Suivant la définition qui en est donnée à l’art. 183, le mot « intercepter » s’entend notamment « du fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet ». Il s’agit là d’une définition non exhaustive, qui cadre avec la portée large de la partie VI et met l’accent sur la prise de connaissance par l’État du contenu informationnel — substance, sens ou objet — de la communication privée. Ce n’est pas seulement la communication elle-même qui est protégée, mais aussi toute information connexe à cette communication qui permet d’en dégager la substance ou le sens. L’expression « communication privée » est définie ainsi à l’art. 183 :

Communication orale ou télécommunication dont l’auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s’y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d’empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine.

[26] Cette définition souligne les attentes raisonnables de l’auteur de la communication en matière de respect de sa vie privée à cet égard. Le mot « télécommunication » figurant dans la définition est lui-même défini en ces termes dans la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 35, modifié en 1993 (L.C. 1993, ch. 38, art. 87) : « La transmission, l’émission ou la réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature soit par système électromagnétique, notamment par fil, câble ou système radio ou optique, soit par tout procédé technique semblable ».

[27] Les articles 185 et 186 du *Code* énoncent les exigences générales applicables aux demandes

for an authorization under Part VI. Compared with other search and seizure and warrant provisions in the *Code*, the provisions in Part VI contain more stringent requirements to safeguard privacy interests. Before granting an authorization under Part VI, a judge must be satisfied that the authorization is in the best interests of the administration of justice.

[28] A judge must also be satisfied, in accordance with s. 186(1)(b), “that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures”. In *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, this Court clarified that this criterion required the police to show that there was “no other reasonable alternative method of investigation in the circumstances of the particular criminal inquiry” (para. 29).

[29] Part VI authorizations must also state the identity of persons whose private communications will be intercepted, the place at which they are intercepted, and the manner of the interception. They are required to contain such conditions as the judge considers advisable and will only be valid for a limited period of time not to exceed 60 days. Finally, a written application by the Attorney General, Minister of Public Safety or a designated agent is required.

[30] In addition to these prerequisites for authorization, Part VI contains a number of notice requirements. Section 196 requires that notice be given to targets of interceptions authorized under s. 186 within a certain timeframe. Under s. 189, an accused must be given notice of any interception intended to be produced in evidence. In addition, s. 195 requires the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness or the Attorney General for each province to produce an annual report with respect to the use of Part VI authorizations. In *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, this

d’autorisation présentées en vertu de la partie VI. En comparaison des conditions prévues par d’autres dispositions du *Code* se rapportant aux fouilles, saisies, perquisitions et mandats, ces articles comportent des exigences plus strictes au titre de la protection de la vie privée. Avant d’accorder une autorisation fondée sur la partie VI, le juge doit être convaincu que cette mesure sert au mieux l’administration de la justice.

[28] Le juge doit également être convaincu, conformément à l’al. 186(1)b), que « d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête ». Dans *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, la Cour a précisé que cette exigence obligeait la police à démontrer qu’il n’existait « aucune autre méthode d’enquête raisonnable dans les circonstances de l’enquête criminelle considérée » (par. 29).

[29] Les autorisations décernées en vertu de la partie VI doivent aussi indiquer l’identité des personnes dont les communications privées seront interceptées, le lieu où les communications seront interceptées et la façon dont elles le seront. Les autorisations doivent également préciser les modalités que le juge estime opportunes, et elles ne sont valides que pour une période maximale de 60 jours. Enfin, la demande doit être présentée par écrit par le procureur général, le ministre de la Sécurité publique ou un mandataire spécialement désigné.

[30] Outre ces conditions préalables d’autorisation, la partie VI énonce un certain nombre d’exigences en matière d’avis. L’article 196 requiert que soient « avisées », dans un certain délai, les personnes ayant fait l’objet d’interceptions autorisées en vertu de l’art. 186. Suivant l’art. 189, l’accusé doit être avisé de toute interception dont on entend présenter les fruits en preuve. De plus, l’art. 195 oblige le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou le procureur général de chaque province à établir chaque année un rapport sur l’utilisation des autorisations visées à la

Court found that a notice requirement provides transparency and serves as a further check on the power of police to perform highly intrusive interceptions of private communications. The Court therefore concluded that a notice provision was necessary to meet the minimal constitutional standards of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[31] These safeguards illuminate Parliament's intention that a higher degree of protection be available for private communications. Part VI has broad application to a number of technologies and includes more rigorous safeguards than other warrant provisions in the *Code*. In considering whether the prospective, daily production of future text messages stored in Telus' computer falls within Part VI, therefore, we must take this overall objective into account.

[32] As all parties acknowledged, it is clear that text messages qualify as telecommunications under the definition in the *Interpretation Act*. They also acknowledged that these messages, like voice communications, are made under circumstances that attract a reasonable expectation of privacy and therefore constitute "private communication" within the meaning of s. 183. Similarly, there is no question that the computer used by Telus would qualify as "any device" under the definitions in s. 183.

[33] The issue then is how to define "intercept" in Part VI. The interpretation should be informed not only by the purposes of Part VI, but also by the rights enshrined in s. 8 of the *Charter*, which in turn must remain aligned with technological developments. In *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, this Court found that "the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 [of the *Charter*] is meant to keep pace with technological development, and, accordingly, to ensure that we are ever protected

partie VI. Dans *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, la Cour a jugé que l'obligation de notification assure la transparence du processus et constitue une mesure de contrôle supplémentaire à l'égard du pouvoir de la police d'exécuter des interceptions très attentatoires en matière de communications privées. Elle a en conséquence conclu qu'une disposition de notification était nécessaire au respect des normes constitutionnelles minimales établies par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[31] Ces garanties font bien ressortir l'intention du législateur d'accorder une protection plus grande aux communications privées. La partie VI s'applique largement à divers moyens technologiques et prévoit des garanties plus strictes que d'autres dispositions du *Code* en matière de mandat. Il nous faut donc tenir compte de cet objectif général pour décider si la partie VI s'applique à la communication prospective, sur une base quotidienne, de futurs messages textes stockés dans l'ordinateur de Telus.

[32] Comme l'ont reconnu les parties, les messages textes sont clairement visés par la définition de « télécommunication » figurant dans la *Loi d'interprétation*. Les parties ont également reconnu que, tout comme les communications orales, ces messages surviennent dans des circonstances faisant naître une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée et constituent, de ce fait, des « communication[s] privée[s] » au sens de l'art. 183. En outre, il ne fait pas de doute que l'ordinateur utilisé par Telus est visé par les mots « [t]out dispositif » à l'art. 183.

[33] La question consiste donc à interpréter le mot « intercepter » à la partie VI. L'interprétation de ce mot doit se fonder non seulement sur les objectifs de la partie VI, mais aussi sur les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, lesquels doivent progresser au rythme de la technologie. Dans *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, la Cour a conclu que « le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 [de la *Charte*] doit évoluer au rythme du progrès technologique et, par conséquent, nous

against unauthorized intrusions upon our privacy by the agents of the state, whatever technical form the means of invasion may take” (p. 44). A technical approach to “intercept” would essentially render Part VI irrelevant to the protection of the right to privacy in new, electronic and text-based communications technologies, which generate and store copies of private communications as part of the transmission process.

[34] It is true that unlike traditional voice communication, a text message may or may not be delivered to its intended recipient at the time it is created. Receipt of the text message depends on whether the phone is turned on, whether it is in range of a cell tower, and whether the user has accessed the message. If Telus is unable to deliver the message, it remains in the transmission infrastructure for five days, at which point Telus stops trying to complete delivery. Furthermore, unlike voice communications, text communications, by their nature, generate a record of the communication which may easily be copied and stored. A narrow or technical definition of “intercept” that requires the act of interception to occur simultaneously with the making of the communication itself is therefore unhelpful in addressing new, text-based electronic communications.

[35] A narrow definition is also inconsistent with the broad language and purpose of Part VI. The statutory definition of “intercept” in s. 183 includes three distinct parts — “listen to”, “record” or “acquire”. In French, the definition includes “*de prendre . . . connaissance*”. Rather than limit the definition of “intercept” to its narrow, technical definition, the statutory definition broadens the concept of interception. There is no requirement in the *Code* definition of “intercept” that the interception of a private communication be simultaneous or contemporaneous with the making of the communication itself. If Parliament intended to include such a requirement, it would have included it in the definition of “intercept”. Instead, it chose to

assurer une protection constante contre les atteintes non autorisées à la vie privée par les agents de l’État, peu importe la forme technique que peuvent revêtir les divers moyens employés » (p. 44). Le fait d’interpréter de manière formaliste le mot « intercepter » aurait essentiellement pour effet de rendre la partie VI inutile en matière de protection du droit à la vie privée dans le cas des nouveaux moyens technologiques de communication textuelle électronique qui génèrent et sauvegardent des copies des communications privées dans le cadre du processus de transmission.

[34] Il est vrai que, contrairement aux communications orales traditionnelles, un message texte n’est pas toujours communiqué à son destinataire au moment où il est créé. La réception d’un tel message texte suppose que le téléphone soit ouvert et se trouve à la portée d’une tour de transmission, et que le destinataire consulte le message. Si Telus ne parvient pas à transmettre un message, celui-ci demeure dans son infrastructure de transmission pendant cinq jours, après quoi Telus met fin à ses tentatives de transmission. En outre, contrairement aux communications orales, les communications textuelles — qui sont, de par leur nature, des écrits — génèrent un document qui peut facilement être copié et conservé. Une interprétation étroite ou formaliste du mot « intercepter », qui exigerait que l’interception ait lieu en même temps que la communication elle-même, est donc dépourvue d’utilité pour étudier les nouvelles communications textuelles électroniques.

[35] Une interprétation étroite est en outre incompatible avec l’objet de la partie VI et les termes généraux qui y sont utilisés. La définition française d’« intercepter » à l’art. 183 comporte trois aspects distincts : « écouter », « enregistrer » et « prendre [. . .] connaissance ». La définition législative élargit la notion d’« intercepter » au lieu de la limiter à son sens étroit et technique. La définition de ce mot dans le *Code* n’exige aucunement que l’interception d’une communication privée s’effectue simultanément à la communication elle-même ou sensiblement au même moment. Si le législateur avait voulu établir une telle exigence, il l’aurait fait dans la définition d’« intercepter ». Il a plutôt choisi d’adopter une définition plus générale, conforme à

adopt a wider definition, consistent with Part VI's purpose to offer broad protection for private communications from unauthorized interference by the state.

[36] The interpretation of “intercept a private communication” must, therefore, focus on the acquisition of informational content and the individual's expectation of privacy at the time the communication was made. In my view, to the extent that there may be any temporal element inherent in the technical meaning of intercept, it should not trump Parliament's intention in Part VI to protect an individual's right to privacy in his or her communications.

[37] The use of the word “intercept” implies that the private communication is acquired in the course of the communication process. In my view, the process encompasses all activities of the service provider which are required for, or incidental to, the provision of the communications service. Acquiring the substance of a private communication from a computer maintained by a telecommunications service provider would, as a result, be included in that process.

[38] Focusing on the fact that the *Code* draws a distinction between the interception of private communications and the disclosure of those communications, fails to provide the intended protection under Part VI. On the contrary, it allows technological differences in Telus' transmission process to defeat Parliament's intended protection of private communications from state interference.

[39] The reality of modern communication technologies is that electronic private communications, such as text messages, are often simultaneously in transit *and* in some form of computer storage by the service provider. As a result, the same private communication exists in more than one place and may therefore be acquired by the state from the

l'objet de la partie VI, qui consiste à accorder une protection étendue aux communications privées contre les ingérences non autorisées de l'État.

[36] Il faut par conséquent interpréter les mots « intercepter une communication privée » en s'attachant à la prise de connaissance du contenu informationnel de la communication et aux attentes qu'avaient les interlocuteurs en matière de respect de la vie privée au moment de cette communication. À mon avis, dans la mesure où le sens formaliste du mot « intercepter » pourrait comporter intrinsèquement un aspect temporel, cela ne devrait pas faire obstacle à l'intention du législateur de protéger, dans l'application de la partie VI, le droit des gens au respect de leur vie privée en matière de communications.

[37] L'emploi du mot « intercepter » implique que la prise de connaissance de la communication privée se fait au cours du processus de transmission. À mon avis, ce processus englobe toutes les activités du fournisseur de services qui sont nécessaires ou accessoires à la fourniture du service de communication. La prise de connaissance de la substance d'une communication privée se trouvant dans un ordinateur exploité par un fournisseur de services de télécommunications ferait, en conséquence, partie de ce processus.

[38] Mettre l'accent sur le fait que le *Code* établit une distinction entre l'interception de communications privées et leur divulgation ne permet pas d'offrir la protection qu'est censée accorder la partie VI. Au contraire, cela fait en sorte que les différences d'ordre technologique du processus de transmission employé par Telus font échec à la protection qu'entendait accorder le législateur aux communications privées contre les atteintes étatiques.

[39] La réalité des technologies modernes de communication fait en sorte que des communications privées électroniques, par exemple des messages textes, sont souvent à la fois en cours de transmission *et* simultanément stockées sur ordinateur, sous une certaine forme, par le fournisseur de services. Par conséquent, la même communication

transmission stream and from computer storage. In other words, the same private communication may be “intercepted” by police more than once from different sources.

[40] When Telus copies messages to its computer database, several steps in the transmission process have yet to occur. The production schedule required by the general warrant in this case means that the police likely obtained stored copies of some text messages before they were even received by the intended recipient. Had the police acquired the same private communications directly from the transmission stream, instead of from the stored copies, the Crown concedes that a Part VI authorization would be required. The level of protection should not depend on whether the state acquires a copy of the private communication that is being transmitted or a copy that is in storage by a service provider as part of the communications process. Parliament drafted Part VI broadly to ensure that private communications were protected across a number of technological platforms (see *Lyons*).

[41] The communication process used by a third-party service provider should not defeat Parliament’s intended protection for private communications. As the interveners Canadian Civil Liberties Association and Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic point out in their factums, this Court has recognized in other contexts that telecommunications service providers act merely as a third-party “conduit” for the transmission of private communications and ought to be able to provide services without having a legal effect on the nature (or, in this case, the protection) of these communications (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paras. 100-101).

privée se trouve à plus d’un endroit, ce qui permet à l’État d’en prendre connaissance à partir du canal de transmission et de l’ordinateur où elle est stockée. Autrement dit, la même communication privée peut être « interceptée » par la police plus d’une fois à partir de sources différentes.

[40] Quand Telus copie des messages dans sa base de données informatique, plusieurs étapes du processus de transmission n’ont pas encore été réalisées. Il découle du calendrier de communication fixé par le mandat général en l’espèce que les policiers ont vraisemblablement obtenu des copies stockées de certains messages textes avant même leur réception par la personne à laquelle ils étaient destinés. Le ministère public concède que, si les policiers avaient pris connaissance de ces mêmes communications privées directement à partir du canal de transmission plutôt que des copies stockées, l’autorisation prévue à la partie VI aurait été nécessaire. Le degré de protection accordé ne devrait pas dépendre du fait que l’État prend connaissance soit d’une copie de la communication privée en cours de transmission soit d’une copie stockée par un fournisseur de services dans le cadre du processus de communication. Le législateur a rédigé la partie VI en termes larges, de façon à ce que les communications privées soient protégées sur plusieurs plateformes technologiques (voir *Lyons*).

[41] Le processus de communication qu’emploie un tiers fournisseur de services ne devrait pas faire échec à la protection que le législateur entend accorder aux communications privées. Comme l’ont souligné dans leur mémoire les intervenantes l’Association canadienne des libertés civiles et la Clinique d’intérêt public et de politique d’Internet du Canada Samuelson-Glushko, la Cour a reconnu dans d’autres contextes que les fournisseurs de services de télécommunications ne sont que des tiers qui transmettent des communications privées à titre d’« agents » et qu’ils devraient pouvoir fournir leurs services sans que cela n’entraîne d’effets juridiques sur la nature (ou, en l’espèce, sur la protection) de ces communications (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 100-101).

[42] Part VI recognizes the dangers inherent in permitting access to the future private communications of a potentially unlimited number of people over a lengthy period of time. Those are the very risks inherent in the investigative technique in this case. An authorization that permits police to obtain the *prospective* production of *future* text messages over a two-week period directly from the communications process used by the service provider is precisely what Part VI was intended to protect. In my view, the investigative technique in this case therefore qualifies as “intercepting private communications” under Part VI.

[43] An interpretation of “intercept a private communication” that includes the investigative technique used by police in this case finds support in the statutory definition of “intercept” in s. 183. The definition includes the simple acquisition of a communication. It does not require the acquisition of the communication itself; rather, the acquisition of the “substance, meaning or purport” of the communication is sufficient. Moreover, this interpretation is harmonious with the scheme and objectives of Part VI, which is drafted broadly in order to regulate and control a wide variety of technological invasions of privacy. Finally, it strikes the appropriate balance between the serious invasion of privacy that results from the surreptitious acquisition of private communications and the evolving needs of effective law enforcement.

[44] The police gained a substantial advantage by proceeding with a general warrant. They did not need the Attorney General’s request for an authorization; they did not need to show that other investigative procedures had been tried and failed; they did not need to provide any notice to the target individuals; and they did not need to identify which other individuals’ private communications may be acquired in the course of the search.

[45] The general warrant in this case purported to authorize an investigative technique contemplated

[42] La partie VI reconnaît les dangers inhérents au fait de permettre l’accès aux futures communications privées d’un nombre potentiellement illimité de personnes pendant une longue période. Il s’agit là exactement des risques que soulève intrinsèquement la technique d’enquête utilisée en l’espèce. Une autorisation permettant à la police d’obtenir la communication *prospective* de *futurs* messages textes pendant une période de deux semaines, directement à partir du processus de communication employé par le fournisseur de services, constitue précisément le genre de situations auxquelles la protection de la partie VI est censée s’appliquer. À mon avis, la technique d’enquête en cause est une « interception de communications privées » visée à la partie VI.

[43] La définition d’« intercepter » à l’art. 183 appuie une interprétation des mots « intercepter une communication privée » qui englobe la technique d’enquête utilisée par la police en l’espèce. Cette définition inclut la simple prise de connaissance d’une communication. Elle n’exige pas qu’il soit pris connaissance de la communication elle-même; la prise de connaissance « de sa substance, son sens ou son objet » suffit. En outre, cette interprétation s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la partie VI, laquelle est rédigée en termes larges de manière à régir et à encadrer une grande variété d’atteintes technologiques à la vie privée. Enfin, elle établit l’équilibre voulu entre l’atteinte grave à la vie privée qui résulte de la prise de connaissance clandestine de communications privées, et l’évolution des besoins en matière d’application efficace de la loi.

[44] Les policiers ont joui d’un avantage considérable en recourant au mandat général. Ils n’avaient pas besoin d’une demande d’autorisation présentée par le procureur général; ils n’étaient pas tenus de démontrer que d’autres méthodes d’enquête avaient été utilisées sans succès; ils n’avaient pas l’obligation d’aviser les personnes ciblées; ils n’avaient pas à préciser l’identité des autres personnes dont les communications privées risquaient d’être regardées au cours de l’enquête.

[45] Le mandat général décerné en l’espèce visait à permettre une technique d’enquête déjà

by a wiretap authorization under Part VI, namely, it allowed the police to obtain *prospective* production of *future* private communications from a computer maintained by a service provider as part of its communications process. Because Part VI applied, a general warrant under s. 487.01 was unavailable.

[46] Accordingly, I would allow the appeal and quash the general warrant and related assistance order.

The reasons of Moldaver and Karakatsanis were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[47] Where a police investigative technique intrudes on an individual's reasonable expectation of privacy, it falls to Parliament to provide for specific legislative authorization of the technique. That is the general rule. The so-called "general warrant" provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, operates as an exception to the rule, allowing the police to seek judicial authorization of a proposed investigative technique that is not specifically authorized by statute. Although several issues have been raised in this appeal, the dispositive one, in my view, is whether a general warrant may properly issue where the substance of an investigative technique, if not its precise form, is addressed by an existing legislative provision.

[48] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Abella J. and, although we approach the matter differently, I share her conclusion that the general warrant in this case is invalid. My colleague's reasons focus on the definition of "intercept" in s. 183 of the *Code* and whether the search in this case fell within that definition for purposes of Part VI. I do not think it necessary to answer those questions because in my view the result in this case is driven by the failure of

envisagée par la procédure d'autorisation d'écoute électronique prévue à la partie VI, c'est-à-dire permettre à la police d'obtenir la production *prospective* de *futures* communications privées à partir d'un ordinateur exploité par un fournisseur de services dans le cadre de son processus de transmission. Comme la partie VI s'appliquait, le mandat général prévu à l'art. 487.01 ne pouvait être décerné.

[46] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler le mandat général et l'ordonnance d'assistance connexe.

Version française des motifs des juges Moldaver et Karakatsanis rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[47] Lorsqu'une technique d'enquête policière va à l'encontre de l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée, il revient au législateur d'autoriser spécifiquement la technique. Il s'agit là de la règle générale. La disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portant sur ce qu'on a appelé le « mandat général » fait exception à la règle et permet à la police de s'adresser au tribunal pour qu'il autorise une technique d'enquête proposée qui n'est pas expressément autorisée par la loi. Parmi les questions soulevées en l'espèce, à mon avis, la question décisive consiste à savoir si un mandat général peut être dûment décerné lorsque le fond d'une technique d'enquête, sinon sa forme précise, est déjà visé par une autre disposition législative en vigueur.

[48] J'ai eu l'occasion de lire les motifs de ma collègue la juge Abella et, bien que nous abordons la question différemment, je suis d'accord avec elle pour conclure que le mandat général en l'espèce est invalide. Les motifs de ma collègue s'attachent principalement à la définition d'« intercepter » qui figure à l'art. 183 du *Code* et à la question de savoir si la fouille en l'espèce était visée par cette définition pour l'application de la partie VI. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de répondre à ces

the authorities to establish one of the prerequisites needed to obtain a general warrant.

[49] On the facts of this case, when one cuts through form and looks at the substance of the search that the police sought to conduct, what we are left with is the equivalent of a Part VI intercept. As such, the police could and, for reasons I will explain, should have sought an authorization under Part VI, which thereby precludes the issuance of a general warrant. I would accordingly join my colleague Abella J. in allowing the appeal and quashing the general warrant, as well as the related assistance order.

II. Overview of Issues on Appeal

[50] The parties in this appeal framed their principal arguments around the question of whether the investigative technique authorized by the general warrant falls within the definition of “intercept” in s. 183 of the *Code*. The parties agree that if what occurred here was an intercept, the general warrant could not issue, as it would fail the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c) of the *Code*. They, of course, disagree as to whether this technique was an intercept.

[51] My colleague Abella J. and I agree that the Crown is entitled to a general warrant only where it can show that “no other provision” would provide for the technique, including a substantively equivalent technique, proposed by the police in a given case. We also agree on the result in this case. We part company, however, on the path to that result.

[52] My colleague takes the position that the investigative technique here *was* an intercept within the meaning of s. 183, and would thereby hold the general warrant invalid. I prefer, instead, to resolve this case on the basis that the investigative

questions parce que, à mon sens, l’issue de l’espèce repose sur le défaut des autorités d’établir l’une des conditions d’autorisation nécessaires à l’obtention d’un mandat général.

[49] Au vu des faits de l’espèce, si l’on se détache de la forme et qu’on examine sur le fond la fouille que la police désirait effectuer, on se retrouve avec ce qui équivaut à une interception au sens de la partie VI. À ce titre, la police aurait pu — et aurait dû, comme je vais l’expliquer — demander une autorisation sous le régime de la partie VI, ce qui empêche la délivrance d’un mandat général. Par conséquent, je suis d’avis, comme ma collègue la juge Abella, d’accueillir le pourvoi et d’annuler le mandat général ainsi que l’ordonnance d’assistance connexe.

II. Aperçu des questions soulevées dans le présent pourvoi

[50] Les arguments principaux des parties au pourvoi ont trait à la question de savoir si la technique d’enquête autorisée par le mandat général entre dans la définition d’« intercepter » à l’art. 183 du *Code*. Les parties conviennent que s’il y a eu interception en l’espèce, le mandat général ne pouvait être décerné, faute de respecter la condition, prévue à l’al. 487.01(1)(c) du *Code*, qu’il n’y ait « aucune disposition » qui prévoit le mandat. Bien entendu, elles divergent d’opinion sur la question de savoir si cette technique constitue une interception.

[51] Ma collègue la juge Abella et moi sommes d’avis que le ministère public n’a droit d’obtenir un mandat général que s’il est à même de démontrer qu’« aucune disposition » n’autorise le recours à la technique, ou à un procédé équivalent en substance à la technique, proposée par la police dans une affaire donnée. Nous partageons également le même avis sur l’issue de l’espèce, mais nous divergeons d’opinion sur la manière d’y parvenir.

[52] Ma collègue estime que la technique d’enquête en l’espèce *constituait* une interception au sens de l’art. 183; elle est donc d’avis de déclarer invalide le mandat général. Je préfère plutôt trancher la présente affaire en partant du principe

technique here *was substantively equivalent* to an intercept and, in light of that conclusion, would hold the general warrant invalid.

[53] I choose a different path because I am reluctant to use this case as a vehicle to undertake an analysis of what constitutes an intercept for purposes of Part VI. In approaching the matter as I have, I am not unmindful of the need to address the risks to privacy posed by the digital age. The task of adapting laws that were a product of the 1970s to a world of smartphones and social networks is a challenging and profoundly important one. But the resolution of whether what occurred here was or was not, strictly speaking, an intercept is unnecessary, in my view, because there is a narrower basis for decision that guards against unforeseen and potentially far-reaching consequences in this complex area of the law.

III. Analysis

A. *The General Warrant Provision*

[54] Parliament enacted the general warrant provision in 1993 together with several new search powers as part of its response to a series of decisions of this Court concerning electronic surveillance. Section 487.01 was a specific response to *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36. That decision held that police video monitoring of activities in a hotel room intruded on an individual's reasonable expectation of privacy and thus required prior judicial authorization pursuant to a valid legislative provision. Parliament's response, in the form of s. 487.01, went beyond the authorization of video monitoring. The provision states in relevant part:

487.01 (1) [Information for general warrant] A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer

que la technique d'enquête qui nous occupe *était équivalente, sur le plan du fond*, à une interception et, à la lumière de cette conclusion, je suis également d'avis de déclarer invalide le mandat général.

[53] J'emprunte une voie différente parce que j'hésite à me servir de la présente affaire pour analyser ce qui constitue une interception pour l'application de la partie VI. En envisageant la question comme je le fais, je suis conscient de la nécessité d'écarter les menaces que présente l'ère numérique pour la vie privée. Adapter des lois édictées dans les années 1970 à un univers de téléphones intelligents et de réseaux sociaux est une tâche difficile et profondément importante. Mais il ne m'apparaît pas nécessaire de déterminer si ce qui s'est produit en l'espèce était ou non une interception à proprement parler parce qu'il existe un motif de décision plus restreint qui nous met à l'abri des conséquences imprévues et incalculables dans ce domaine complexe du droit.

III. Analyse

A. *La disposition relative au mandat général*

[54] En 1993, le législateur a édicté la disposition relative au mandat général ainsi que plusieurs nouveaux pouvoirs en matière de fouille et de perquisition en réponse à une série de décisions de notre Cour concernant la surveillance électronique. L'article 487.01 a été adopté précisément pour répondre à l'arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que la surveillance vidéo par la police d'activités qui se déroulent dans une chambre d'hôtel va à l'encontre de l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et nécessite ainsi une autorisation judiciaire préalable conformément à une disposition législative valide. La réponse du législateur, qui a pris la forme de l'art. 487.01, allait au-delà de l'autorisation de la surveillance vidéo. La disposition prévoit en partie ce qui suit :

487.01 (1) [Dénunciation pour mandat général] Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant

to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

(2) [Limitation] Nothing in subsection (1) shall be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person.

(3) [Search or seizure to be reasonable] A warrant issued under subsection (1) shall contain such terms and conditions as the judge considers advisable to ensure that any search or seizure authorized by the warrant is reasonable in the circumstances.

[55] The breadth of the general warrant — judicial sanction to “use any device or investigative technique or procedure or do any thing” that if not authorized would constitute an unreasonable search or seizure — is kept in check by several prerequisites to its availability and conditions on its operation. Chief among them and what, in my view, lies at the heart of this appeal is the requirement in s. 487.01(1)(c) that “there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done”.

[56] The requirement that there be “no other provision” that would provide for the search

un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

c) s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.

(2) [Limite] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

(3) [Fouilles, perquisitions ou saisies raisonnables] Le mandat doit énoncer les modalités que le juge estime opportunes pour que la fouille, la perquisition ou la saisie soit raisonnable dans les circonstances.

[55] La portée du mandat général — soit l'autorisation judiciaire d'« utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête » ou d'« accomplir tout acte » qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive — est restreinte par de nombreuses conditions préalables à sa délivrance et par des modalités d'exécution. La principale de ces conditions, et celle qui, à mon sens, est au cœur du présent pourvoi, est celle, prévue à l'al. 487.01(1)c), qu'il n'y ait « aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte ».

[56] La condition qu'il n'y ait « aucune disposition » autorisant la fouille ou la perquisition

ensures that the general warrant is used sparingly as a warrant of limited resort. It guards against the general warrant becoming “an easy back door for other techniques that have more demanding pre-authorization requirements”: S. C. Hutchison et al., *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at p. 16-40.3. Without ascribing any improper motive to the police, that, I believe, is what occurred in this case.

B. *The General Warrant in This Case*

[57] In a typical scenario where TELUS Communications Company (“Telus”), the telecommunications service provider here, is served with an authorization under Part VI, the company installs a device that automatically copies all activity for the identified phone number, including all text messages, and automatically delivers such data to a police “wire room”. The Crown does not dispute that the acquisition of an individual’s text messages in this manner constitutes a Part VI intercept, nor is there any dispute that a text message can constitute a “private communication” within the meaning of Part VI.

[58] As a matter of corporate practice, however, Telus routinely stores a copy of a subscriber’s incoming and outgoing text messages on its databases for at least 30 days. Though Telus is unique among major telecommunications service providers in making such copies, it is legally entitled to do so pursuant to an exception in s. 184(2) of the *Code*. The company says it intercepts its subscribers’ messages in this manner to aid in troubleshooting customer problems.

[59] The fact that Telus stores its subscribers’ text messages in this manner is significant — indeed, it is the reason this appeal exists — because it creates an investigative resource for the authorities. As Det. Sgt. Prosser of the Ontario Provincial Police

fait en sorte que le mandat général est utilisé avec modération et de façon limitée. Cette condition permet d’éviter que le mandat général ne devienne [TRADUCTION] « un moyen détourné de recourir facilement à d’autres techniques dont les conditions préalables à l’autorisation sont plus exigeantes » : S. C. Hutchison et autres, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 16-40.3. Sans vouloir prêter à la police des intentions malveillantes, j’estime que c’est ce qui s’est produit en l’espèce.

B. *Le mandat général en l’espèce*

[57] Dans un cas typique où la Société TELUS Communications (« Telus »), le fournisseur de services de télécommunications en l’espèce, reçoit signification d’une autorisation visée par la partie VI, elle installe un appareil qui copie automatiquement toutes les activités qui concernent le numéro de téléphone indiqué, y compris tous les messages textes, et transmet automatiquement ces données au service des télécommunications de la police. Le ministère public ne conteste pas que l’acquisition de cette façon de messages textes d’une personne constitue une interception au sens de la partie VI; il est admis également qu’un message texte peut constituer une « communication privée » au sens de la partie VI.

[58] Comme pratique d’entreprise, toutefois, Telus conserve systématiquement pendant au moins 30 jours dans ses bases de données une copie des messages textes envoyés et reçus par ses abonnés. Bien que Telus soit la seule, parmi les principaux fournisseurs de services de télécommunications, à faire de telles copies, elle a légalement le droit de le faire conformément à l’exception prévue au par. 184(2) du *Code*. La société affirme qu’elle intercepte les messages de ses abonnés de cette façon pour aider à résoudre les problèmes techniques de ses clients.

[59] Le fait que Telus conserve les messages textes de ses abonnés de cette façon est important — il constitue en fait le fondement du présent pourvoi — parce qu’il crée une ressource d’enquête pour les autorités. Comme l’a affirmé le sergent-détective

said in his affidavit filed with this Court, Telus's practice "provides investigators with another option by which to access the content of these messages" (A.R., at p. 115). Relying on conventional search warrants (s. 487) or production orders (s. 487.012), the police have obtained copies of the messages stored in Telus's databases.

[60] In sum, prior to this case, with only a handful of exceptions, all police searches that sought copies of Telus subscribers' text messages were authorized either under Part VI or by a conventional search warrant or production order. The Crown in its factum puts the matter succinctly: police practice with respect to Telus subscribers has been to seek either "search warrants or production orders (for historic messages) or wiretap authorizations (for future messages)" (R.F., at para. 10 (emphasis added)).

[61] The general warrant in this case thus represents a third option. In form, it resembles a production order because it authorizes police access to text messages *already stored in Telus's database*. And yet, in substance, it resembles a Part VI authorization, because it *prospectively* authorizes police access to *future* private communications on a *continual* basis over a sustained period of time.

[62] The inherent hybridity of the general warrant in this case underscores the need for an inquiry into whether the "no other provision" test is satisfied to assess the substance of the police investigative technique, not merely its formal trappings. But that is not what happened here.

C. Was the General Warrant Validly Issued?

[63] The reviewing judge looked to binding authority from the Ontario Court of Appeal for

Prosser de la Police provinciale de l'Ontario dans son affidavit déposé à la Cour, la pratique de Telus [TRADUCTION] « permet aux enquêteurs d'accéder au contenu de ces messages par un autre moyen » (d.a., p. 115). Au moyen de mandats de perquisition ordinaires (art. 487) ou d'ordonnances de communication (art. 487.012), la police a déjà obtenu copie de messages conservés dans la base de données de Telus.

[60] En somme, avant la présente affaire, toutes les fouilles policières qui exigeaient les copies de messages textes d'abonnés de Telus étaient autorisées, à quelques exceptions près, soit sous le régime de la partie VI, soit par un mandat de perquisition ou une ordonnance de communication. Dans son mémoire, le ministère public résume la question : à l'égard des abonnés de Telus, la police demande généralement [TRADUCTION] « des mandats de perquisition ou des ordonnances de communication (relativement aux messages existants) ou des autorisations d'écoute électronique (relativement aux messages futurs) » (m.i., par. 10 (je souligne)).

[61] Le mandat général en l'espèce représente donc une troisième possibilité. Sur le plan de la forme, il ressemble à une ordonnance de communication, car il permet à la police d'avoir accès aux messages textes *déjà conservés dans la base de données de Telus*. Sur le plan du fond, il ressemble plutôt à l'autorisation visée par la partie VI, car il permet *prospectivement* à la police d'accéder à des communications privées *futures* de façon *continue* pendant une période prolongée.

[62] Le caractère hybride inhérent au mandat général en l'espèce fait ressortir la nécessité, pour le juge, de déterminer si la condition qu'il n'y ait « aucune disposition » est respectée pour examiner au fond la technique d'enquête policière, et non simplement ses formalités. Mais ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce.

C. Le mandat général a-t-il été valablement décerné?

[63] Le juge siégeant en révision a examiné la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans

guidance. In *R. v. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, MacPherson J.A. observed:

The focus in the s. 487.01(1)(c) analysis is not on whether there are other investigative techniques that might accomplish the purported investigative purposes or goals of the police; rather, the focus is on the particular investigative technique or procedure that the police seek to utilize and whether it can properly be authorized by another provision in the Code or any other federal statute. [Emphasis added; para. 43.]

[64] On the strength of *Ha*, the reviewing judge concluded that there was no other provision in the *Code* or any other statute that would authorize the investigative technique in this case — namely the “prospective and daily production of text messages” (2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411, at para. 75). Though the police “could have gone to a justice of the peace every day for the 14 days covered by the General Warrant and obtained the same records using conventional warrants”, the general warrant could issue precisely because it provided a single, comprehensive authorization for the search that was otherwise unanticipated by Parliament (para. 70).¹

[65] The analysis is, in my respectful view, incomplete. It is self-evident that the police *could* have sought a Part VI authorization and achieved their investigative objective. Crown counsel recognized this during the hearing of this appeal:

I’m not sure that they really thought this through at the end of the day because if what the police are doing here is Part VI, well, you know, presumably, the police could go back to the issuing justice who was a Superior Court judge and say: Okay. Just issue this as a Part VI authorization. [Emphasis added; transcript, at p. 81.]

On the record before us, the police have offered no explanation as to why they could not have sought

¹ The validity of a series of daily (or more frequent) production orders was not argued by the parties, nor is addressing that issue necessary to resolve this appeal. Accordingly, I would not decide whether there exists any statutory or constitutional bar to the police seeking such orders.

R. c. Ha, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, le juge MacPherson a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION] L’analyse relative à l’al. 487.01(1)(c) ne porte pas sur l’existence d’autres techniques d’enquête qui pourraient répondre aux besoins ou aux objectifs d’enquête de la police; elle porte plutôt sur la technique ou méthode d’enquête particulière que la police cherche à utiliser et sur la possibilité que cette utilisation puisse être autorisée par une autre disposition du Code ou d’une autre loi fédérale. [Je souligne; par. 43.]

[64] S’appuyant sur l’arrêt *Ha*, le juge siégeant en révision a conclu qu’aucune disposition, dans le *Code* ou dans une autre loi, n’autoriserait la technique d’enquête utilisée en l’espèce — à savoir la [TRADUCTION] « communication quotidienne de messages textes futurs » (2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411, par. 75). Bien que la police « aurait pu s’adresser à un juge de paix tous les jours durant les 14 jours couverts par le mandat général et obtenir les mêmes enregistrements au moyen d’un mandat ordinaire », le mandat général pouvait être décerné précisément parce qu’il autorisait entièrement, à lui seul, la fouille que le législateur n’avait pas par ailleurs prévue (par. 70).¹

[65] À mon humble avis, l’analyse est incomplète. Il va de soi que la police *aurait pu* demander une autorisation visée à la partie VI et atteindre ainsi l’objectif de son enquête. L’avocat du ministère public l’a d’ailleurs admis à l’audition du présent pourvoi :

[TRADUCTION] Je ne suis pas certain s’ils ont bien réfléchi en fin de compte à la question parce que si ce que la police fait constitue une interception au sens de la partie VI, elle pourrait probablement s’adresser de nouveau au juge qui a décerné le mandat, soit un juge de la Cour supérieure, et lui demander une autorisation visée à la partie VI. [Je souligne; transcription, p. 81.]

Au vu du dossier dont dispose la Cour, la police n’a pas expliqué pourquoi elle n’aurait pas pu

¹ La validité d’une série d’ordonnances de communication quotidiennes (ou plus fréquentes) n’a pas été contestée par les parties. Il n’est pas non plus nécessaire d’examiner cette question pour trancher le présent pourvoi. Par conséquent, je ne déterminerai pas si la Constitution ou une loi empêche la police de solliciter des ordonnances de cette nature.

a Part VI authorization. We do know that but for Telus's practice of routinely storing subscribers' messages, the police would have had no option other than to obtain such an authorization since what they were seeking was prospective authorization for the daily production of future text messages. Indeed, that is what they do — ostensibly without any trouble — with the other major telecommunications service providers, such as Rogers and Bell, who do not store text messages as Telus does.

[66] Nonetheless, the question remains whether the law requires that the police *should* have sought such an authorization. At the hearing of this appeal, Crown counsel argued that *Ha* conclusively resolves the issue in the negative:

. . . as the Ontario Court of Appeal pointed out in *Ha*, the test for determining whether a general warrant can be issued focuses on the nature of the investigative technique in question, not the nature of the investigative objective.

The search of the Telus database for future records is a technique that's quite distinct from the seizure of a telecommunication. I mean, mechanically . . . the police were doing different things. . . [I]t was a completely different process. [Emphasis added; transcript, at pp. 94-95.]

[67] With respect, I cannot agree. To adopt *Ha* in this way is to turn a blind eye to the substance of the search — and to common sense. What the police did in this case — securing *prospective* authorization for the delivery of *future* private communications on a *continual*, if not continuous, basis over a sustained period of time — was substantively equivalent to what they would have done pursuant to a Part VI authorization. It was thus, at a minimum, tantamount to an intercept.

[68] I accept the Crown's contention that, as a technical matter, what occurred here was different from what would occur pursuant to a Part VI authorization. I do not accept, however, that that fact

demande une autorisation visée par la partie VI. Nous savons que, n'eût été la pratique de Telus de conserver systématiquement les messages de ses abonnés, la police n'aurait pas eu d'autres choix que d'obtenir une telle autorisation puisqu'elle demandait l'autorisation prospective d'obtenir la communication quotidienne de messages textes futurs. En effet, c'est ce qu'elle fait — apparemment sans problème — avec les autres principaux fournisseurs de services de télécommunications, comme Rogers et Bell, qui ne conservent pas les messages textes comme le fait Telus.

[66] Quoi qu'il en soit, il reste à déterminer si, selon la loi, la police *aurait dû* demander une telle autorisation. À l'audience du présent pourvoi, l'avocat du ministère public a affirmé que l'arrêt *Ha* répond irréfutablement à la question par la négative :

[TRADUCTION] . . . comme l'a indiqué la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Ha*, le critère à appliquer pour déterminer si un mandat général peut être décerné porte principalement sur la nature de la technique d'enquête en question, et non sur la nature de l'objectif de l'enquête.

La fouille de la base de données de Telus visant à obtenir des enregistrements futurs est une technique qui est complètement distincte de la saisie d'une télécommunication. C'est-à-dire que du point de vue de la mécanique [. . .] les policiers ne faisaient pas la même chose. [. . .] [I] s'agissait d'un processus complètement différent. [Je souligne; transcription, p. 94-95.]

[67] En toute déférence, je ne saurais être d'accord. Interpréter l'arrêt *Ha* de cette façon reviendrait à fermer les yeux sur le fond de la fouille — et sur le bon sens. Ce que la police a fait en l'espèce — obtenir l'autorisation *prospective* de se faire transmettre des communications privées *futures* de façon *continue*, sinon constante, pendant une période prolongée — équivalait au fond à ce qu'elle aurait fait conformément à une autorisation visée à la partie VI. Cette transmission équivalait donc, à tout le moins, à une interception.

[68] J'accepte la prétention du ministère public selon laquelle, sur le plan de la forme, les événements survenus en l'espèce diffèrent de ce qui se produirait conformément à une autorisation visée à

is determinative in light of the identical privacy interests at stake. But for the 24-hour time delay, the investigative techniques were the same. Indeed, if the Crown's logic is to be accepted, a general warrant could still issue had the delay been 24 minutes or, for that matter, 24 seconds.² To draw a line between what was authorized here and a Part VI intercept on the basis of such a theory is to draw "an artificial and unrealistic distinction": *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at p. 643.

[69] As a result, the facts of the case at hand are distinguishable from *Ha*. Both *Ha* and *R. v. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. v. Ford*), the other appellate authority interpreting s. 487.01, concerned unsuccessful attempts by the target of a search to invalidate a general warrant on the basis that the police could have sought multiple conventional warrants. In *Ha*, the police were investigating a suspected drug lab. They sought the flexibility to enter the property covertly at any time within a two-month period and to engage in a broad range of evidence gathering activities therein, including photographing, taking chemical samples, and fingerprinting items. Likewise, in *Brand*, the police were investigating a large marijuana grow operation and needed covert access to multiple properties in order to verify the presence of drugs without compromising other aspects of their investigation. Fundamentally, in each instance, the request for covert access and temporal flexibility made clear that the *substance* of the investigative

² It is neither prudent nor necessary to draw a bright line in this case as to when the period of delay would render the search technique substantively different such that a general warrant would be acceptable. Whatever that timeframe may be, the 24-hour gap here fell short of the mark. To the extent that uncertainty arises in a future case, it must be resolved in keeping with the approach to s. 487.01(1)(c) articulated here. I also note that my colleague Cromwell J. makes much of the fact that "some of the messages that police were to receive would be delayed by 72 hours, not 24" (para. 183). With respect, I find his emphasis on this fact puzzling. Even if one assumes that a 72-hour delay is substantively different from an intercept, it hardly follows that because one part of an otherwise offensive authorization is valid, the entire authorization should be spared.

la partie VI. Toutefois, je n'accepte pas que ce fait soit déterminant eu égard aux intérêts identiques en matière de vie privée. Abstraction faite du délai de 24 heures, les techniques d'enquête étaient les mêmes. Si l'on accepte la logique du ministère public, un mandat général aurait été décerné si le délai avait été de 24 minutes ou, d'ailleurs, de 24 secondes². Établir une distinction entre ce qui a été autorisé en l'espèce et une interception au sens de la partie VI sur le fondement d'une telle théorie revient à établir « une distinction artificielle et irréaliste » : *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, p. 643.

[69] Par conséquent, il convient d'établir une distinction entre les faits de l'espèce et ceux de l'arrêt *Ha*. Tant l'arrêt *Ha* que l'arrêt *R. c. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. c. Ford*), l'autre arrêt d'une cour d'appel qui interprète l'art. 487.01, concernent des tentatives infructueuses par la personne visée par la fouille d'invalider un mandat général au motif que la police aurait pu demander plusieurs mandats ordinaires. Dans l'arrêt *Ha*, la police enquêtait sur un présumé laboratoire de fabrication de drogues. Elle a demandé l'autorisation de pénétrer clandestinement dans la propriété en tout temps dans une période de deux mois et d'y mener une vaste gamme d'activités de collecte d'éléments de preuve, notamment de prendre des photos, des échantillons de produits chimiques et de prélever des empreintes digitales sur des objets. De même, dans l'arrêt *Brand*, la police enquêtait sur d'importantes activités liées à la culture de marijuana et avait besoin de pénétrer secrètement dans diverses propriétés

² Il n'est ni prudent ni nécessaire d'établir précisément en l'espèce à quel moment le délai modifierait la technique de la fouille sur le fond de façon à ce qu'un mandat général soit acceptable. Quel que soit le délai, l'intervalle de 24 heures en l'espèce était insuffisant. Dans la mesure où une affaire ultérieure présente une incertitude, elle doit être dissipée conformément à l'interprétation de l'al. 487.01(1)(c) formulée en l'espèce. Je relève en outre que mon collègue le juge Cromwell insiste beaucoup sur le fait que « la réception de certains messages qui devaient être remis à la police pouvait être décalée de 72 heures, non de 24 heures » (par. 183). Avec égards, je ne comprends pas pourquoi il insiste sur ce fait. Même à supposer qu'un délai de 72 heures diffère d'une interception sur le plan du fond, il ne s'ensuit pas pour autant que l'autorisation intégrale doive être maintenue en vigueur parce qu'un élément d'une autorisation par ailleurs illégale est valide.

techniques for which authorization was sought differed from what could be authorized under a conventional warrant.

[70] Explaining why the search sanctioned by the general warrant in *Ha* was thus substantively different from one involving multiple conventional warrants, MacPherson J.A. said:

In this case, the police sought to obtain authorization to conduct an unlimited number of covert entries and searches on private property over a two-month period. Except for s. 487.01 of the Code, there is “no other provision in . . . any other Act of Parliament” that could potentially accomplish this goal. [para. 43]

Those are not our facts. Here, the police sought, in the reviewing judge’s words, authorization for “the investigative technique or procedure of prospective and daily production of text messages” (para. 75). The simple fact is that there *is* a provision that substantively provides for this technique. It is known as Part VI.

[71] In emphasizing the importance of looking beyond the form of a search technique to uncover its true substance, a further point bears noting. In both *Ha* and *Brand*, if the police wanted the evidence, they had a choice between a series of conventional warrants or a general warrant. If the police sought a general warrant, they would have to meet the requirements of s. 487.01 which are deliberately stricter than those for a conventional warrant. For example, the requirements that a general warrant can only be issued by a judge, not a justice of the peace, and that issuance must be in the best interests of justice themselves serve to ensure that the general warrant remains a rearguard warrant of limited resort.

pour vérifier la présence de drogues sans compromettre d’autres aspects de son enquête. Fondamentalement, dans chaque cas, la demande d’accès en secret et la souplesse des délais démontraient clairement que le *fond* des techniques d’enquête pour lesquelles une autorisation était demandée différait de ce qui pouvait être autorisé dans le cadre d’un mandat ordinaire.

[70] Pour expliquer en quoi la fouille autorisée par le mandat général dans l’arrêt *Ha* était différente, sur le plan du fond, d’une fouille nécessitant plusieurs mandats ordinaires, le juge MacPherson a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] En l’espèce, la police a demandé l’autorisation d’effectuer un nombre illimité d’entrées et de fouilles clandestines dans une propriété privée sur une période de deux mois. À part l’art. 487.01 du Code, il n’y a « aucune disposition dans [. . .] toute autre loi fédérale » qui pourrait potentiellement permettre à la police d’accomplir ces actes. [par. 43]

Les faits dont nous sommes saisis sont tout autres. Dans le cas qui nous occupe, la police cherchait à obtenir, comme l’a dit le juge siégeant en révision, l’autorisation pour [TRADUCTION] « la technique ou la procédure d’enquête visant la communication prospective et quotidienne de messages textes » (par. 75). Mais en réalité, il *existe* une disposition qui prévoit au fond cette technique. Il s’agit de la partie VI.

[71] Pour souligner l’importance de regarder au-delà de la forme d’une technique d’enquête pour découvrir son fond véritable, il convient d’observer un autre point. Dans les arrêts *Ha* et *Brand*, si la police voulait obtenir des éléments de preuve, elle pouvait choisir entre une série de mandats ordinaires ou un mandat général. Si la police demandait un mandat général, il aurait fallu qu’elle respecte les conditions de l’art. 487.01, lesquelles sont délibérément plus strictes que celles relatives au mandat ordinaire. Par exemple, les conditions prévoyant qu’un mandat général ne peut être décerné que par un juge, et non par un juge de paix, et que sa délivrance doit servir au mieux l’administration de la justice visent à faire en sorte que le mandat général demeure un mandat d’arrière-garde auquel il faut limiter le recours.

[72] In other words, by dint of its more stringent requirements, the general warrant contains a disincentive to its everyday use. In *Ha* and *Brand*, where the only alternative was a series of conventional warrants, reliance on a general warrant did not provide the police with an easy way out from the rigours of a more demanding legislative authorization — the general warrant *was* the more demanding legislative authorization. Thus, in these cases, it is harder to see how the general warrant provision might be misused.

[73] In this case, by contrast, the police actually had a choice between a Part VI authorization and a general warrant.³ The incentives before the police were thus markedly different than they were in *Ha*. Though both the general warrant and the Part VI provisions require that the issuing judge be satisfied that the order is in the best interests of justice, Part VI alone imposes several further requirements in the interest of protecting the right to privacy:

1. An authorization under Part VI is available only for certain offences (s. 183).
2. Only individuals designated by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness or Attorney General may seek a Part VI authorization (ss. 185(1) and 186(6)).
3. A Part VI authorization is available only where “other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures

³ The record in this case suggests that the entirety of the information sought by the police could have been obtained pursuant to a Part VI authorization, a number recorder under s. 492.2(1), and an order to obtain telephone records under s. 492.2(2). Before this Court, none of the parties concentrated on the latter two authorizations; rather, they focused on whether the warrant’s core — the delivery of text messages — amounted to an intercept.

[72] Autrement dit, les exigences plus strictes du mandat général dissuadent les autorités d’y recourir quotidiennement. Dans les arrêts *Ha* et *Brand*, où la seule autre solution consistait en une série de mandats ordinaires, le fait que la police a eu recours à un mandat général ne lui a pas permis de se soustraire facilement aux exigences d’une autorisation législative plus stricte — le mandat général *constituait* l’autorisation législative plus stricte. Dans ces deux arrêts, il est donc plus difficile de voir comment les dispositions portant sur le mandat général auraient pu être utilisées abusivement.

[73] En l’espèce, par contre, la police pouvait réellement choisir entre une autorisation visée à la partie VI et un mandat général³. Pour la police, les avantages étaient donc nettement différents de ceux dans l’arrêt *Ha*. Bien que le mandat général et les dispositions de la partie VI exigent que le juge soit convaincu que l’ordonnance sert au mieux l’administration de la justice, la partie VI à elle seule impose plusieurs autres exigences afin de protéger le droit au respect de la vie privée :

1. l’autorisation visée à la partie VI ne peut être obtenue que relativement à certaines infractions (art. 183);
2. seules les personnes désignées par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou par le procureur général peuvent demander une autorisation visée à la partie VI (par. 185(1) et 186(6));
3. l’autorisation visée à la partie VI peut être obtenue uniquement lorsque « d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou

³ Le dossier en l’espèce porte à croire que tous les renseignements sollicités par la police auraient pu être obtenus conformément à une autorisation visée par la partie VI, à l’autorisation d’utiliser un enregistreur de numéro sur le fondement du par. 492.2(1) et à une ordonnance en vue d’obtenir un registre de téléphone fondée sur le par. 492.2(2). Devant notre Cour, aucune des parties ne s’est penchée sur ces deux dernières autorisations; les parties se sont plutôt attardées sur la question de savoir si l’essence du mandat — la communication de messages textes — constituait une interception.

are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures” (s. 186(1)(b)).

4. A Part VI authorization must state the identity of persons whose private communications will be intercepted, the place at which they are intercepted, and the manner of the interception (s. 186(4)(c)).
5. The Attorney General or Minister is required to provide notice to the target of the authorization within a certain timeframe (s. 196).
6. The Minister is required to make an annual report to Parliament concerning the number of applications made for authorizations under Part VI and the details thereof (s. 195).

[74] Consequently, in this case, a narrow focus on the mechanics of the search is to miss the forest for the trees. The general warrant must be analogized to a Part VI authorization if one is to appreciate the actual incentives before the police. A mechanistic interpretation of the “no other provision” requirement cannot hold because, put bluntly, a general warrant can prove easier to obtain than a Part VI authorization. For that reason, one can hardly fault the police for seeking a general warrant instead of a Part VI authorization. There was little to be lost (a delay in the receipt of the data sought, which may well have had little consequence) and much to be gained (no requirement to meet the onerous burdens Parliament has chosen to impose under Part VI).

[75] The facts suggest that this is precisely what has happened as a consequence of Telus’s unsuccessful challenge of the warrant in this case. The affidavit of Det. Sgt. Prosser states that the police seek general warrants only in those “rare circumstances” requiring access to text messages

ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête » (al. 186(1)b));

4. l’autorisation visée à la partie VI doit indiquer l’identité des personnes dont les communications privées seront interceptées, le lieu où l’interception se fera et la façon dont on y procédera (al. 186(4)c));
5. le procureur général ou le ministre est tenu, dans un certain délai, d’aviser de l’autorisation la personne en cause (art. 196);
6. le ministre est tenu de présenter au Parlement un rapport annuel indiquant le nombre de demandes d’autorisation présentées sous le régime de la partie VI et les détails de ces demandes (art. 195).

[74] Par conséquent, en l’espèce, le fait de s’en tenir uniquement au mécanisme de la fouille nous fait perdre de vue l’essentiel. Le mandat général doit être comparé à l’autorisation visée à la partie VI lorsque l’on analyse les avantages qu’il offre à la police. L’interprétation mécanique de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » ne saurait être retenue parce que, pour dire les choses sans détour, un mandat général peut s’avérer plus facile à obtenir qu’une autorisation visée à la partie VI. Pour cette raison, on peut difficilement reprocher à la police de demander un mandat général au lieu d’une autorisation visée à la partie VI. Elle avait peu à perdre (un retard dans la réception des données sollicitées, qui aurait probablement eu peu de conséquences) et beaucoup à gagner (aucune obligation de s’acquitter du lourd fardeau que le législateur a choisi d’imposer sous le régime de la partie VI).

[75] Les faits portent à croire que c’est précisément ce qui s’est produit par suite du rejet de la contestation du mandat soulevée par Telus en l’espèce. Dans son affidavit, le sergent-détective Prosser affirme que la police demande des mandats généraux uniquement dans ces [TRADUCTION] « rares

“under a more immediate timeline” (A.R., at p. 116). And yet, though Telus received only six general warrants prior to 2010, counsel for the company informed us at the hearing of this appeal that the number has since grown to “several hundred” in light of the decision below (transcript, at p. 42).

[76] The logic that led to this predictable result effectively nullifies the “no other provision” safeguard by inviting the police to distinguish an investigative technique in some manner — any manner, even if substantively immaterial — so as to avoid the rigours of a more demanding legislative authorization such as Part VI. Faced with the choice of having to seek an authorization under Part VI and being able to proceed down a less demanding path, it should be expected that the police will elect the latter — and understandably so. It follows, in my view, that the “no other provision” test must be given interpretive teeth if it is to serve its purpose of ensuring that general warrants do not become a means to avoid more onerous search authorizations.

D. The Summary of the Approach to the “No Other Provision” Requirement

[77] The test under s. 487.01(1)(c) must consider the investigative technique that the police seek to utilize with an eye to its actual substance and not merely its formal trappings. The provision must be interpreted so as to afford the police the flexibility Parliament contemplated in creating the general warrant, while safeguarding against its misuse. As the facts of this case illustrate, there is a need for heightened judicial scrutiny where Parliament has provided an authorization for an investigative technique that is substantively equivalent to what the police seek but requires more onerous pre-conditions.

circonstances » qui nécessitent l'accès aux messages textes « dans un délai plus court » (d.a., p. 116). Et pourtant, bien que Telus ait obtenu seulement six mandats généraux avant 2010, l'avocat de la société a informé la Cour à l'audience que le nombre a depuis augmenté à [TRADUCTION] « plusieurs centaines » depuis la décision de première instance (transcription, p. 42).

[76] La logique qui a mené à ce résultat prévisible annule en fait la mesure de protection exigeant qu'il n'y ait « aucune disposition » en invitant la police à différencier une technique d'enquête d'une certaine façon — de quelque façon que ce soit, même si la distinction est sans importance du point de vue du fond — afin d'éviter la rigidité d'une autorisation législative plus exigeante comme celle visée à la partie VI. Si la police doit choisir entre demander une autorisation sous le régime de la partie VI et procéder par un moyen moins exigeant, elle choisira sans doute la dernière option — ce qui est compréhensible. Par conséquent, je suis d'avis qu'il faut renforcer le critère exigeant qu'il n'y ait « aucune disposition » afin qu'il puisse répondre à son objectif de veiller à ce que le mandat général ne devienne pas une façon d'éviter le recours aux autorisations de fouille qui comportent des conditions plus exigeantes.

D. Résumé de la façon d'aborder la condition qu'il n'y ait « aucune disposition »

[77] Le critère fondé sur l'al. 487.01(1)c) exige la prise en compte de la technique d'enquête que la police cherche à utiliser en fonction de son fond réel et non simplement de sa forme. La disposition doit être interprétée de façon à accorder à la police la souplesse envisagée par le législateur lorsqu'il a créé le mandat général, tout en empêchant son utilisation abusive. Comme le démontrent les faits de l'espèce, il est nécessaire de resserrer l'examen judiciaire lorsque le législateur a prévu une autorisation pour une technique d'enquête qui correspond, sur le plan du fond, à ce que la police cherche à obtenir, mais qui requiert des conditions préalables plus strictes.

[78] In so concluding, I note that in creating the general warrant, Parliament did not erase every other search authorization from the *Code* and leave it to judges to devise general warrants on an *ad hoc* basis as they deem fit. Courts must therefore be careful to fill a legislative lacuna only where Parliament has actually failed to anticipate a particular search authorization. To do otherwise would chip away at the foundation that shapes the respective roles of the courts and Parliament in our system of criminal justice when individual rights and freedoms are at stake.

[79] That said, I recognize, as I must, that this approach accepts a measure of uncertainty by tasking judges with the job of inquiring into the substance of purportedly “new” investigative techniques. In my view, an interpretation that is faithful to the purpose of the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c) necessarily demands as much. Two practical guidelines, however, should serve to mitigate concerns that may arise.

[80] First, it is important for the police to appreciate that general warrants are not warrants of general application. On the contrary, they are to be used sparingly, when the investigative technique they wish to employ is truly different in substance from an investigative technique accounted for by another legislative provision. Where uncertainty exists, the police would do well to err on the side of caution. They must know — with certainty — that general warrants may not be used as a means to circumvent other authorization provisions that are available but contain more onerous preconditions.

[81] Second, when judges are faced with an application for a general warrant where the investigative technique, though not identical, comes close in substance to an investigative technique covered by another provision for which more rigorous standards apply, they should proceed with extra caution. At a minimum, judges should look closely at the material filed and satisfy themselves that the request for a general warrant is genuine and not

[78] En concluant ainsi, je souligne qu’en créant le mandat général, le législateur n’a pas supprimé les autres autorisations de fouille du *Code* pour laisser aux juges le soin de concevoir les mandats généraux de façon ponctuelle comme ils l’entendent. Par conséquent, les tribunaux doivent veiller à combler le vide législatif uniquement lorsque le législateur n’a pas prévu une autorisation de fouille en particulier. Agir autrement éroderait le fondement qui encadre les rôles respectifs des tribunaux et du législateur dans notre système de justice criminelle lorsque les droits et libertés d’une personne sont en jeu.

[79] Cela dit, je reconnais, comme je me dois de le faire, que cette approche accepte un certain degré d’incertitude en chargeant les juges d’examiner au fond les techniques d’enquête censément « nouvelles ». À mon avis, une interprétation qui demeure fidèle à l’objectif de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », prévue à l’al. 487.01(1)c), n’exige forcément pas moins. Toutefois, deux directives pratiques devraient servir à répondre aux questions qui peuvent être soulevées.

[80] Premièrement, il importe pour la police de comprendre que le mandat général n’est pas un mandat d’application générale. Au contraire, il doit être utilisé avec modération, lorsque la technique d’enquête que la police désire utiliser est réellement différente, sur le plan du fond, d’une technique d’enquête prévue par une disposition législative. En cas d’incertitude, la police ferait bien de pécher par excès de prudence. Elle doit savoir — avec certitude — que le mandat général ne peut être utilisé pour contourner d’autres dispositions applicables en matière d’autorisation, mais qui comportent des conditions préalables plus exigeantes.

[81] Deuxièmement, lorsque les juges sont saisis d’une demande en vue d’obtenir un mandat général et que la technique d’enquête, bien que non identique, s’apparente du point de vue du fond à une technique d’enquête prévue par une autre disposition pour laquelle des normes plus rigoureuses s’appliquent, ils devraient redoubler de prudence. À tout le moins, les juges devraient examiner attentivement les documents présentés et s’assurer

merely a device to escape the rigours of another authorization provision. Where careful scrutiny establishes that a proposed investigative technique, although similar, has *substantive* differences from an existing technique — not simply that it is similar in substance but different in form — judges may grant the general warrant, but they should be mindful of their obligation under s. 487.01(3) to impose terms and conditions that reflect the nature of the privacy interest at stake. In doing so, they may borrow as appropriate from the conditions that Parliament has chosen to impose on the substantively similar existing authorization.

[82] With these twin considerations in mind, and despite Justice Cromwell’s concerns about certainty, to which I shall turn momentarily, if the police proceed in good faith and the authorizing judge proceeds with caution, it is unlikely that a general warrant issued in such circumstances will be found to be defective at trial — and even less so that evidence obtained pursuant to it will be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

E. *The Competing Approach to the “No Other Provision” Requirement*

[83] I have had the opportunity to read the reasons of Cromwell J., who is of the view that the “no other provision” test was satisfied in this case because the investigative technique does not meet the definition of “intercept” for purposes of Part VI. He would accordingly dismiss the appeal. Insofar as the definition of an intercept is concerned, my colleague’s analysis hinges on distinguishing between the interception of a private communication (s. 184) and the subsequent disclosure of such intercepted communications (s. 193). As I have explained, I do not find it necessary to reach that question in this appeal and, for that reason, do not comment on this aspect of his reasons.

que la demande en vue d’obtenir un mandat général est authentique et ne constitue pas seulement un moyen de contourner les exigences d’une autre disposition en matière d’autorisation. Si un examen minutieux établit qu’une technique d’enquête proposée, bien que similaire, est différente sur le plan du *fond* d’une technique existante — qui n’est pas simplement similaire du point de vue du fond, mais différente sur le plan de la forme — les juges peuvent accorder le mandat général, mais ils devraient tenir compte de l’obligation que leur impose le par. 487.01(3), c’est-à-dire qu’ils devraient fixer des modalités et conditions qui reflètent la nature du droit à la protection de la vie privée en jeu. Pour ce faire, ils peuvent s’inspirer des conditions que le législateur a choisi d’imposer à l’autorisation existante similaire sur le plan du fond.

[82] À la lumière de ces deux considérations, et malgré les préoccupations du juge Cromwell à propos de la certitude, sur lesquelles je reviendrai, si la police a procédé de bonne foi et le juge fait preuve de prudence, il est peu probable qu’un mandat général décerné dans de telles circonstances soit jugé entaché d’un vice au procès — et encore moins que la preuve obtenue conformément à ce mandat soit exclue sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

E. *La façon opposée de voir l’exigence qu’il n’y ait « aucune disposition »*

[83] J’ai eu l’occasion de lire les motifs du juge Cromwell, qui est d’avis que la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » a été respectée en l’espèce parce que la technique d’enquête ne cadre pas dans la définition d’une « interception » pour l’application de la partie VI. Par conséquent, il est d’avis de rejeter le pourvoi. En ce qui concerne la définition d’une interception, l’analyse de mon collègue repose sur la distinction entre l’interception d’une communication privée (art. 184) et la divulgation subséquente de la communication ainsi interceptée (art. 193). Comme je l’ai expliqué, je ne crois pas qu’il soit nécessaire de me pencher sur cette question dans le présent pourvoi et, pour cette raison, je ne ferai aucun commentaire sur cet aspect de ses motifs.

[84] My colleague does, however, take issue with my interpretation of s. 487.01(1)(c) and its application to the case at hand. It is clear that my colleague and I have fundamentally different understandings not only of the “no other provision” requirement, but of the proper role of general warrants more broadly. He has offered a careful analysis that warrants a response.

[85] Justice Cromwell maintains that s. 487.01(1)(c) should be construed literally and he rejects the purposive approach I have taken, asserting that it “creates unnecessary uncertainty and distracts the issuing judge from the question of whether the technique sought to be authorized is inconsistent with the right to be free from unreasonable searches and seizures” (para. 171). According to my colleague, “predictability and clarity in the law are particularly important in the area of judicial pre-authorization of searches” (para. 172).

[86] Justice Cromwell further challenges my construction of s. 487.01(1)(c) on the basis that it impermissibly adds “investigative necessity” as a further precondition to the issuance of a general warrant — that is, to obtain a general warrant, the police must be able to show that there are no other ways by which they can achieve their investigative objective. My colleague maintains that Parliament did not see fit to add such a requirement and it is impermissible for the Court to do so.

[87] I propose to address each of Justice Cromwell’s concerns.

[88] First, for reasons that should be clear from the above, I cannot accept my colleague’s literal construction of s. 487.01(1)(c). With respect, such an interpretation strips the provision of any meaning and renders it all but valueless. Writing in 1996, soon after the general warrant was introduced, the authors of a leading treatise on this subject predicted:

[84] Toutefois, mon collègue conteste mon interprétation de l’al. 487.01(1)c) et son application au cas qui nous occupe. Il ne fait aucun doute que mon collègue et moi avons une vision fondamentalement différente non seulement de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », mais aussi du rôle des mandats généraux de manière plus générale. Il a fait une analyse minutieuse qui mérite une réponse.

[85] Le juge Cromwell affirme que l’al. 487.01(1)c) devrait être interprété littéralement et rejette l’approche téléologique que j’ai adoptée, affirmant qu’elle « engendre [. . .] une incertitude inutile et détourne le juge de la question de la compatibilité de la technique visée par la demande d’autorisation avec le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives » (par. 171). Selon mon collègue, « la prévisibilité et la clarté du droit revêtent une importance particulière en matière d’autorisation judiciaire préalable de fouilles et de perquisitions » (par. 172).

[86] Le juge Cromwell conteste aussi mon interprétation de l’al. 487.01(1)c) au motif qu’elle ajoute d’une manière inacceptable une « nécessité pour l’enquête » comme condition préalable supplémentaire à la délivrance d’un mandat général — à savoir que, pour obtenir un mandat général, la police doit être en mesure de démontrer qu’elle ne peut atteindre son objectif d’enquête par aucun autre moyen. Mon collègue affirme que le législateur n’a pas jugé bon d’ajouter une telle exigence et qu’il est inadmissible pour la Cour de le faire.

[87] Je propose de répondre à chacune des préoccupations du juge Cromwell.

[88] Premièrement, pour des raisons qui devraient ressortir clairement de ce qui précède, je ne saurais accepter l’interprétation littérale que donne mon collègue à l’al. 487.01(1)c). À mon humble avis, une telle interprétation vide la disposition de tout sens et lui fait perdre pratiquement toute valeur. En 1996, peu après l’introduction du mandat général, l’auteur d’un traité faisant autorité sur ce sujet a prédit ce qui suit :

Of the four preconditions [to a general warrant] the most difficult for investigators will be [the “no other provision” requirement], a novel provision intended to prevent this residual warrant power from becoming an easy back door for other techniques that have more demanding pre-authorization requirements. [Emphasis added; Hutchison et al., at p. 16-40.3.]

My colleague’s approach, however, would reduce that provision to a paper tiger.

[89] On my colleague’s literal interpretation of s. 487.01(1)(c), any deviation — no matter how slight or insignificant — that takes an investigative technique outside the four corners of another authorization provision in the *Code* or an Act of Parliament is sufficient to satisfy the “no other provision” requirement. Thus, in this case, had the police sought a general warrant requiring Telus to provide copies of all stored text messages using a 24-second delay (as opposed to a 24-hour delay), I gather that my colleague would hold that the “no other provision” requirement had been met. Likewise, on my colleague’s construction, had the police sought a general warrant requiring both the *contemporaneous* interception of text messages and a dial number recorder warrant, it would appear that this too would suffice to satisfy the “no other provision” requirement.

[90] If, as my colleague reasons, Parliament truly intended that the police could satisfy the “no other provision” requirement by coming up with a hook — any hook — that would take the investigative technique outside the four corners of an existing authorization, then we are left to conclude that Parliament chose to enact an absurdity. I cannot accept any such conclusion.

[91] Moreover, my colleague’s focus on the breadth of the general warrant provision — breadth that I readily accept — conflates the distinct questions of *what* the power can do, assuming it

[TRANSLATION] Des quatre conditions préalables [au mandat général], la plus difficile pour les enquêteurs sera [la condition qu’il n’y ait « aucune disposition »], une nouvelle disposition visant à empêcher que ce pouvoir résiduel de décerner un mandat ne devienne un moyen détourné de recourir facilement à d’autres techniques dont les conditions préalables à l’autorisation sont plus strictes. [Je souligne; Hutchison et autres, p. 16-40.3.]

Toutefois, l’approche de mon collègue aurait pour effet de réduire cette disposition à un tigre de papier.

[89] Selon l’interprétation littérale que mon collègue donne à l’al. 487.01(1)c), pour respecter la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », il suffit d’une déviation — si légère ou insignifiante soit-elle — faisant en sorte qu’une technique d’enquête excède le cadre d’application d’une autre disposition en matière d’autorisation du *Code* ou d’une loi fédérale. Par conséquent, en l’espèce, si la police avait sollicité un mandat général obligeant Telus à fournir des copies de tous les messages textes conservés dans un délai de 24 secondes (au lieu de 24 heures), j’ai l’impression que mon collègue aurait conclu que la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » avait été respectée. De même, selon l’interprétation de mon collègue, si la police avait sollicité un mandat général nécessitant l’interception *simultanée* des messages textes et un mandat autorisant le placement sous enregistreur de numéro, il semblerait que cela aussi aurait suffi pour respecter la condition qu’il n’y ait « aucune disposition ».

[90] Si, selon le raisonnement de mon collègue, le législateur avait vraiment voulu que la police puisse satisfaire à la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » en trouvant un moyen détourné — n’importe lequel — qui ferait en sorte que la technique d’enquête excéderait le cadre d’application d’une autorisation existante, il nous faut alors conclure que le législateur a choisi d’édicter une disposition absurde. Je ne saurais accepter une telle conclusion.

[91] Qui plus est, l’importance que mon collègue accorde à la grande portée de la disposition prévoyant le mandat général — une portée que je reconnais d’emblée — confond les questions

is available, with *when* it arises. As I have already observed, the general warrant provision was not meant to erase every other authorization provision from the *Code* and leave it to individual judges to fashion general warrants on an *ad hoc* basis. On the contrary, general warrants were created “to fill any potential ‘gap’” (*Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 176 (C.A.), at para. 86 (emphasis added), rev’d on other grounds, [1998] 1 S.C.R. 841), to provide a “legislative ‘failsafe’” that “supplement[s] rather than supplant[s]” (S. C. Hutchison, *Hutchison’s Canadian Search Warrant Manual 2005* (2nd ed. 2004), at pp. 143 and 163 (emphasis added)), to “fill an investigatory hiatus” (J. A. Fontana and D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8th ed. 2010), at p. 459 (emphasis added)), and to serve as a “residual power” (Hutchison et al., at p. 16-36 (emphasis added)).

[92] Though little was said of general warrants in debates or committee hearings in 1993, we do know that Parliament did not get out of the warrant business after enacting s. 487.01. Multiple new authorizations have been created since then, including production orders in 2004. Existing authorizations have been amended to reflect evolving investigatory needs and privacy concerns, including the provisions of Part VI. And even today Parliament continues to consider warrant proposals introduced — and sometimes withdrawn — by the government. See, e.g., Bill C-30, *Protecting Children from Internet Predators Act*, 1st Sess., 41st Parl. (First Reading, February 14, 2012); Bill C-55, *Response to the Supreme Court of Canada Decision in R. v. Tse Act*, 1st Sess., 41st Parl. (First Reading, February 11, 2013).

[93] This history confirms that general warrants were to play a modest role, affording the police a constitutionally sound path for investigative

distinctes de *ce* que le pouvoir permet de faire, à supposer qu’on puisse l’exercer, et *les moments* auxquels il peut être exercé. Comme je l’ai déjà indiqué, la disposition prévoyant le mandat général ne visait pas à effacer toutes les autres dispositions du *Code* en matière d’autorisation et à laisser aux juges le soin de concevoir les mandats généraux de façon ponctuelle. Au contraire, les mandats généraux ont été créés « pour combler toute “lacune” potentielle » (*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 176 (C.A.), par. 86 (je souligne), inf. pour d’autres motifs par [1998] 1 R.C.S. 841), pour fournir une [TRADUCTION] « sécurité législative » qui « complète plutôt que remplace » (S. C. Hutchison, *Hutchison’s Canadian Search Warrant Manual 2005* (2^e éd. 2004), p. 143 et 163 (je souligne)), pour [TRADUCTION] « combler une lacune de l’enquête » (J. A. Fontana et D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8^e éd. 2010), p. 459 (je souligne)), et pour servir de [TRADUCTION] « pouvoir résiduel » (Hutchison et autres, p. 16-36 (je souligne)).

[92] Bien que peu de choses aient été dites sur les mandats généraux dans les débats ou les audiences du comité en 1993, nous savons que le législateur n’a pas mis un terme à son intervention dans le domaine des mandats après avoir édicté l’art. 487.01. De multiples autorisations ont été créées depuis lors, notamment des ordonnances de communication en 2004. Des autorisations existantes ont été modifiées, y compris les dispositions de la partie VI, pour répondre aux besoins d’enquête en constante évolution et aux préoccupations quant à la vie privée. Et même aujourd’hui, le législateur continue d’examiner des propositions en matière de mandat présentées — et parfois retirées — par le gouvernement. Voir, p. ex., le projet de loi C-30, *Loi sur la protection des enfants contre les cyberprédateurs*, 1^{re} sess., 41^e lég. (Première lecture le 14 février 2012); le projet de loi C-55, *Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire R. c. Tse*, 1^{re} sess., 41^e lég. (Première lecture le 11 février 2013).

[93] Cet historique confirme que les mandats généraux devaient jouer un rôle modeste, en offrant à la police une voie constitutionnelle pour recourir

techniques that Parliament had not addressed. They were thus rearguard warrants of limited resort, not frontline warrants of general application. They were meant to fill gaps, not create them.

[94] In sum, ensuring that general warrants are confined to their limited role, in my view, is the true purpose of s. 487.01(1)(c). Justice Cromwell’s literal construction of the provision turns that purpose on its head by inviting the police to seek judicial sanction of purportedly “new” investigative techniques on the basis of substantively meaningless distinctions. Manifestly, this approach puts a premium on form over substance.

[95] My colleague takes comfort in the “best interests” clause in s. 487.01(1)(b) as an adequate safeguard against misuse of the general warrant. Parliament, he contends, enacted para. (1)(b) to deal alone with “potential abuses of the general warrant” (para. 190). But if that is so, one might ask why Parliament enacted s. 487.01(1)(c) in the first place.

[96] No doubt, the “best interests” requirement serves to prevent misuse of the general warrant. But this provision should not be interpreted as swallowing the distinct analytical question that the “no other provision” test asks. The role of each provision must be respected. First, under s. 487.01(1)(c), the question is whether there is any other provision in the *Code* or other Act of Parliament that actually or substantively provides for the investigative technique for which the police seek authorization. Second, under s. 487.01(1)(b), only if the first question is answered in the negative does the inquiry shift to whether issuance of the warrant is in the best interests of the administration of justice.

[97] The two hypotheticals I mentioned earlier illustrate the point. I would hope that a 24-second

à des techniques d’enquête que le législateur n’avait pas abordées. Ils constituaient donc des mandats d’arrière-garde auxquels il faut limiter le recours, et non des mandats de première ligne d’application générale. Ils devaient permettre de combler des lacunes, non en créer.

[94] Bref, veiller à ce que le recours aux mandats généraux soit limité constitue, à mon avis, le véritable objet de l’al. 487.01(1)c). L’interprétation littérale que donne le juge Cromwell à la disposition dénature cet objectif en invitant la police à demander aux tribunaux d’autoriser des techniques d’enquête censément « nouvelles » sur le fondement de distinctions dénuées de sens sur le plan du fond. De toute évidence, cette interprétation fait primer la forme aux dépens du fond.

[95] Mon collègue invoque la condition de servir « au mieux » l’administration de la justice, dont fait état l’al. 487.01(1)b), qui serait une mesure de protection suffisante contre le recours abusif au mandat général. Il prétend que le législateur a édicté l’al. (1)b) pour remédier à lui seul aux « recours potentiellement abusifs au mandat général » (par. 190). Mais s’il en est ainsi, il faut se demander pourquoi alors le législateur a édicté l’al. 487.01(1)c).

[96] Certes, l’exigence que le mandat serve « au mieux » l’administration de la justice vise à empêcher le recours abusif au mandat général. Mais cette disposition ne devrait pas être interprétée comme englobant la question analytique distincte que pose le critère exigeant qu’il n’y ait « aucune disposition ». Le rôle de chaque disposition doit être respecté. D’abord, suivant l’al. 487.01(1)c), il faut se demander s’il y a, dans le *Code* ou toute autre loi fédérale, une disposition qui prévoit en fait ou sur le fond la technique d’enquête que la police demande l’autorisation d’utiliser. Ensuite, suivant l’al. 487.01(1)b), ce n’est que si l’on répond par la négative à la première question qu’il faut se demander si la délivrance du mandat servirait au mieux l’administration de la justice.

[97] Les deux exemples que j’ai évoqués plus tôt illustrent ce point. Je souhaiterais qu’un délai

delay and a dial number recorder warrant piggy-backed on an authorization for the contemporaneous interception of text messages would meet my colleague's definition of abuse. Why? Because both investigative techniques would presumably be seen for what they are — the substantive equivalent of a Part VI authorization. In the end, all roads lead to Rome. But the interpretation of s. 487.01(1)(c) that I endorse gives some meaning and purpose to the provision; my colleague's interpretation strips it of both.

[98] Insofar as s. 487.01(1)(b) is concerned, take, as just one example, the fact that the availability of a Part VI authorization is limited to certain offences included under the definition of "offence" in s. 183. Should the police seek authorization for a search concerning an offence not included within that definition, though the "no other provision" test would be satisfied, it would fall to an analysis under para. (1)(b) to guard against the issuance of a warrant that Parliament obviously anticipated and deliberately excluded: *S. Coughlan, "R. v. Ha: Upholding General Warrants without Asking the Right Questions"* (2009), 65 C.R. (6th) 41, at pp. 41-43.

[99] Leaving that aside, my colleague provides no guidance as to the type of conduct that he would classify as abusive, even as he stresses that "judges asked to issue general warrants must be vigilant to ensure that the right to be free against unreasonable searches and seizures is fully given effect" (para. 189). Presumably, he would leave it to individual judges to decide the matter on a case-by-case basis under s. 487.01(1)(b), thereby accepting his own form of uncertainty in the process. As I have acknowledged, the substantive approach to which I ascribe is not airtight — but it is no more porous than the total reliance on the "best interests" test that my colleague endorses.

de 24 secondes et un mandat autorisant l'utilisation d'un enregistreur de numéro combiné à une autorisation pour l'interception simultanée de messages textes répondraient à la définition de recours abusif que propose mon collègue. Pourquoi? Parce que l'on constaterait probablement la vraie nature des deux techniques d'enquête — l'équivalent, sur le plan du fond, d'une autorisation visée à la partie VI. À la fin, tous les chemins mènent à Rome. Mais l'interprétation de l'al. 487.01(1)(c) à laquelle je souscris donne un certain sens et une utilité à la disposition; l'interprétation de mon collègue la dépouille des deux.

[98] En ce qui concerne l'al. 487.01(1)(b), prenons, à titre d'exemple seulement, le fait que le recours à l'autorisation visée par la partie VI est limité à certaines infractions visées par la définition du terme « infraction » à l'art. 183. Si la police demande l'autorisation pour une fouille ou une perquisition concernant une infraction qui n'est pas visée par cette définition, bien que la condition qu'il n'y ait « aucune disposition » serait respectée, l'autorisation ferait l'objet d'une analyse fondée sur l'al. (1)(b) pour prévenir la délivrance d'un mandat que le législateur a manifestement anticipé et délibérément exclu : *S. Coughlan, « R. v. Ha : Upholding General Warrants without Asking the Right Questions »* (2009), 65 C.R. (6th) 41, p. 41-43.

[99] Cela dit, mon collègue ne fournit aucune indication quant au genre de conduite qu'il qualifierait d'abusif, même s'il souligne que « le juge saisi d'une demande de mandat général doit veiller à ce que toute technique d'enquête autorisée respecte entièrement le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives » (par. 189). Vraisemblablement, il laisserait aux juges le soin de trancher la question de façon ponctuelle suivant l'al. 487.01(1)(b), acceptant ainsi sa propre forme d'incertitude dans le processus. Je reconnais que l'approche fondée sur le fond à laquelle je souscris n'est pas hermétique — mais elle n'est pas plus perméable que l'approche fondée uniquement sur le recours au critère exigeant que le mandat serve « au mieux » l'administration de la justice auquel souscrit mon collègue.

[100] I turn then to my colleague’s second concern — that I have impermissibly read investigative necessity, a concept peculiar to Part VI, into s. 487.01. With respect, my approach to s. 487.01(1)(c) has nothing to do with investigative necessity.

[101] The requirement under s. 186(1)(b) that a Part VI authorization be necessary is concerned with a *factual* question. In requiring that other procedures “have been tried and have failed”, or that they were “unlikely to succeed”, or that the “urgency of the matter is such that it would be impractical” to use them, it is apparent that s. 186(1)(b) is concerned with whether the factual circumstances of a particular case necessitate the use of the powers granted under Part VI. LeBel J. explained as much for the Court in *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992:

Parliament and the courts have indeed recognized that the interception of private communications is a serious matter, to be considered only for the investigation of serious offences, in the presence of probable grounds, and with a serious testing of the need for electronic interception in the context of the particular investigation and its objects There must be, practically speaking, no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 29.]

[102] By contrast, the “no other provision” test asks a *legal* question. The inquiry is not whether alternative search techniques have been exhausted, or whether they are unlikely to work, or whether there is urgency in the circumstances. Rather, the question is whether the purportedly “new” investigative technique is actually or substantively equivalent to a technique that is already authorized by law. In other words, under the “no other provision” test, the police are not asked to show why an alternative authorization *would not work* on the facts of a particular case, but rather why it is *substantively different* from what Parliament has already provided. Though the fact that an alternative authorization will satisfy the investigative objective of the police may be helpful as a factor

[100] Je me penche maintenant sur la deuxième préoccupation de mon collègue — selon laquelle j’ai introduit d’une manière inacceptable dans l’art. 487.01 une nécessité pour l’enquête, un concept propre à la partie VI. À mon humble avis, ma façon d’interpréter l’al. 487.01(1)c) n’a rien à voir avec une nécessité pour l’enquête.

[101] L’exigence prévue à l’al. 186(1)b) selon laquelle l’autorisation visée à la partie VI est nécessaire porte sur une question *factuelle*. En exigeant que d’autres méthodes « ont été essayées et ont échoué », ou qu’elles ont « peu de chance de succès » ou que « l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique » de les utiliser, il appert que l’al. 186(1)b) porte sur la question de savoir si les circonstances factuelles d’une affaire en particulier nécessitent l’exercice des pouvoirs conférés par la partie VI. Le juge LeBel l’a expliqué au nom de la Cour dans *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992 :

Le législateur et les tribunaux ont en effet reconnu que l’interception des communications privées est une mesure grave, qui ne doit être envisagée que pour des infractions graves, que s’il existe des motifs probables et que s’il est véritablement nécessaire de recourir à l’écoute électronique compte tenu de l’enquête en cause et de ses objectifs [. . .] Sur le plan pratique, il ne doit exister aucune autre méthode d’enquête raisonnable, dans les circonstances de l’enquête criminelle considérée. [Je souligne; soulignement dans l’original omis; par. 29.]

[102] Par contre, la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » soulève une question *juridique*. Il ne s’agit pas de savoir si d’autres techniques de fouille ont été épuisées, ou si elles ont peu de chance de succès, ou s’il y a urgence dans les circonstances. La question est plutôt de savoir si la technique d’enquête censément « nouvelle » est équivalente, en fait ou sur le fond, à une technique qui est déjà autorisée par la loi. Autrement dit, suivant la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », la police n’est pas tenue de démontrer pourquoi une autre autorisation *ne serait pas praticable* au regard des faits d’une affaire en particulier, mais plutôt pourquoi elle est *différente sur le plan du fond* des autorisations déjà prévues par le législateur. Bien que le fait qu’une autre

in demonstrating its substantive equivalence, the inquiry under the “no other provision” test remains focused on the latter point, not the former. If the police successfully make this showing, the inquiry under s. 487.01(1)(c) ends.

[103] Two final matters raised by Justice Cromwell’s reasons warrant clarification.

[104] First, I do not conclude — nor should I be taken as suggesting — that the police acted duplicitously or in bad faith in seeking the general warrant in the case at hand. There is no evidence to that effect and I have no reason to believe that the police acted other than in good faith. Put simply, we do not know what motivated the police, nor is that the real issue. Ultimately, whether the police could or could not obtain a Part VI authorization in this case is irrelevant insofar as the “no other provision” requirement is concerned. What does matter is that we have been provided with nothing that would assist the police in meeting their burden to show that the impugned technique was *substantively different* from an intercept.

[105] Second, the approach I endorse does not take investigative flexibility off the table. As *Ha* and *Brand* make clear, it is a factor that a judge may consider in deciding whether an investigative technique is substantively different such that a general warrant should issue. But it is not the only factor, and it must be approached with caution, particularly in cases like the present one, where the issuance of a general warrant may be a convenient way for the police to avoid the rigours of another search provision that is substantively equivalent.

autorisation qui répondra à l’objectif d’enquête de la police puisse s’avérer un facteur utile pour démontrer son équivalence sur le plan du fond, l’examen suivant le critère exigeant qu’il n’y ait « aucune disposition » demeure axé sur ce dernier point, non sur le premier. Si la police réussit à démontrer pourquoi l’autorisation qu’elle demande est différente de celles déjà prévues, l’examen fondé sur l’al. 487.01(1)c) prend fin.

[103] Enfin, deux questions soulevées par le juge Cromwell dans ses motifs méritent d’être clarifiées.

[104] Premièrement, je ne conclus pas — et je ne voudrais pas non plus laisser entendre — que la police a agi sournoisement ou de mauvaise foi en sollicitant le mandat général en l’espèce. Aucune preuve en ce sens n’a été présentée, et je n’ai aucune raison de croire que la police a agi autrement que de bonne foi. Plus simplement, nous ne savons pas ce qui a motivé la police, et là n’est pas la question. La question de savoir si la police pouvait ou non obtenir une autorisation visée par la partie VI en l’espèce n’est pas pertinente dans la mesure où la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » est concernée. Ce qui importe, c’est que nous ne disposons de rien qui puisse aider la police à s’acquitter de son fardeau de démontrer que la technique contestée était *différente sur le plan du fond* d’une interception.

[105] Deuxièmement, l’approche à laquelle je souscris n’élimine pas la souplesse des enquêtes. Comme l’indiquent clairement les arrêts *Ha* et *Brand*, il s’agit d’un facteur qu’un juge peut examiner lorsqu’il décide si une technique d’enquête est différente sur le plan du fond de sorte qu’un mandat général devrait être décerné. Mais il ne s’agit pas du seul facteur à examiner, et ce facteur doit être abordé avec prudence, particulièrement dans des cas comme celui qui nous occupe, où la délivrance d’un mandat général peut constituer une façon commode pour la police d’éviter la rigidité d’une autre disposition en matière de fouille qui est équivalente sur le plan du fond.

IV. Conclusion

[106] For these reasons, I am of the view that the approach taken by the police in this case cannot be sanctioned. The general warrant is invalid because the investigative technique it authorized was substantively equivalent to an intercept. On the facts here, the general warrant served only to provide a means to avoid the rigours of Part VI. As the Crown recognized, the police could have sought a Part VI authorization. It is enough to decide this appeal to conclude that they should have.

[107] That said, though we are not presented with such a scenario, I would not go so far as to conclude that a general warrant can *never* prospectively authorize the delivery of future private communications to the police on a continual basis over a sustained period of time. If an issuing judge is satisfied that a particular investigative technique is substantively different such that the provisions of Part VI, or of any other statute, do not provide for the search, it would be open to the judge to issue the warrant, assuming other requirements are satisfied. The judge must, of course, conclude that the warrant is in the “best interests of the administration of justice” (s. 487.01(1)(b)) and the judge “shall” impose such terms and conditions as necessary to ensure that the search is reasonable in the circumstances (s. 487.01(3)).

[108] I would allow the appeal and quash the general warrant and related assistance order.

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

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Overview

[109] TELUS Communications Company (“Telus”) stores in its databases a copy of all text messages sent by or to its subscribers. The main question on this appeal is whether, when the police wished to obtain copies of these stored

IV. Conclusion

[106] Pour ces motifs, je suis d’avis que la démarche adoptée par la police en l’espèce ne peut être approuvée. Le mandat général est invalide parce que la technique d’enquête qu’il autorisait était équivalente sur le fond à une interception. D’après les faits de l’espèce, le mandat général n’a servi qu’à éviter la rigidité de la partie VI. Comme l’a reconnu le ministère public, la police aurait pu demander une autorisation visée par la partie VI. Cela est suffisant pour trancher le pourvoi et pour conclure qu’elle aurait dû demander une telle autorisation.

[107] Cela dit, bien que nous ne soyons pas en présence d’un tel scénario, je n’irais pas jusqu’à conclure qu’un mandat général ne peut *jamais* autoriser prospectivement la transmission de communications privées futures à la police de façon continue pendant une période prolongée. S’il est convaincu qu’une technique d’enquête précise est différente sur le plan du fond de sorte que les dispositions de la partie VI, ou de toute autre loi, ne prévoient pas la fouille, le juge pourrait décerner le mandat, en supposant que les autres exigences soient respectées. Bien entendu, le juge doit conclure que le mandat « servirait au mieux l’administration de la justice » (al. 487.01(1)b)) et « doit » imposer les modalités nécessaires pour que la fouille soit raisonnable dans les circonstances (par. 487.01(3)).

[108] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler le mandat général et l’ordonnance d’assistance connexe.

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

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Aperçu

[109] La Société TELUS Communications (« Telus ») conserve dans ses bases de données une copie de tous les messages textes envoyés ou reçus par ses abonnés. Il s’agit principalement de déterminer en l’espèce si la police doit obtenir une

messages, they required a wiretap authorization. My colleagues Abella J. and Moldaver J. would hold that they did, although for markedly different reasons. I respectfully disagree. Like the Ontario Superior Court judge whose decision is under appeal, my view is that a wiretap authorization was not required. I would therefore dismiss the appeal.

II. Facts, Proceedings and Issues

[110] We are concerned in this case with particular investigative techniques that may be authorized under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in the context of the police wishing to have lawful access to the content of text messages. Before turning to an analysis of the specific legal issues we confront, I will set out some technical background about text messaging and the range of investigative techniques that may be open to the police to gain access to them. I will then set out a brief account of the proceedings which bring the case to us and the specific issues that we must resolve.

A. *Telus's Text Messaging Service*

[111] Text messaging, technically known as Short Message Service (“SMS”), is a communication service using standardized communications protocols and mobile telephone service networks to allow for the exchange of short text messages from one mobile phone to another.

[112] Telus's system of text message delivery is the same as that of other telecommunications service providers. When a message is sent by a Telus subscriber, it is transmitted to a Telus cell tower and then routed to a Mobile Switching Centre (“MSC”) which is the computerized mainframe to the Telus network. Within the MSC is Telus's Short Message Service Centre (“SMSC”), which uses routing engines to attempt to deliver the message to its destination. If the recipient is also a Telus subscriber, the message will then be sent from Telus's SMSC to a cell tower which will forward the message to the recipient's phone. If the recipient

autorisation d'écoute électronique pour obtenir des copies des messages ainsi stockés. Mes collègues, la juge Abella et le juge Moldaver, concluent à la nécessité d'une telle autorisation, bien que pour des motifs très différents. Je ne suis pas de cet avis. Comme le juge de la Cour supérieure de l'Ontario qui a rendu la décision portée en appel, j'estime que l'autorisation d'écoute électronique n'était pas nécessaire. Je rejeterais donc le pourvoi.

II. Faits, historique judiciaire et questions litigieuses

[110] La présente espèce concerne des techniques d'enquête particulières qui peuvent être autorisées sous le régime du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, lorsque la police souhaite avoir licitement accès au contenu de messages textes. Avant d'entreprendre l'analyse des questions juridiques précises auxquelles nous sommes confrontés, je donnerai quelques indications techniques au sujet de la messagerie texte et de l'éventail des techniques d'enquête que la police peut employer pour y avoir accès. Je résumerai ensuite brièvement les étapes judiciaires jusqu'au présent pourvoi ainsi que les questions que nous devons trancher.

A. *Le service de messagerie texte de Telus*

[111] Le service de messages courts (« SMC »), communément appelé la messagerie texte, est un service de communication utilisant des protocoles de communication normalisés et des réseaux de téléphonie mobile pour la transmission de courts messages textes entre téléphones cellulaires.

[112] Telus emploie le même système de transmission de messages textes que les autres fournisseurs de services de télécommunications. Lorsqu'un abonné de Telus envoie un message, celui-ci est transmis à une station cellulaire Telus puis acheminé à un centre de commutation mobile, soit l'ordinateur central du réseau Telus. Ce centre de commutation comprend le centre de service de messages courts (« CSMC ») de Telus, qui tente de transmettre le message à son destinataire au moyen de moteurs de routage. Si le destinataire est lui-même un abonné de Telus, le message est envoyé du CSMC à une station cellulaire qui le relaie au

is not a Telus subscriber, the message will pass from Telus's SMSC to the SMSC of the recipient's provider and then through a cell tower to the recipient's phone. Where the destination phone is not available (for example, because it is turned off or does not have service reception), the text message remains in the Telus SMSC for up to five days. If the recipient phone does not become available within that timeframe, the message is deleted. The sender is not informed if a message is not delivered.

[113] Telus differs from most other providers in that it makes electronic copies of the text messages that pass through its system and stores those copies in one of four computer databases for at least 30 days. There are three PSMS databases (namely, PSMS 1 (primary database), PSMS 2 (secondary database), and PSMS 3 (tertiary database)) which receive messages within up to approximately 15 minutes of the time they are sent. Which PSMS a message goes to depends on the capacity of each database. All text messages received by a Telus customer are copied, and the copy is forwarded to the databases when the Telus subscriber's phone receives the message from the Telus SMSC. When a Telus subscriber sends a text message, it is copied when it arrives at the Telus SMSC and the copy is stored in a database. Telus also maintains a fourth database, named PECSMS, which receives messages between two to eight hours after they are sent. At the time this case was heard at first instance, Telus expected that by April 2011, PECSMS would be the sole repository for all text message content; it would cease to use the PSMS databases.

[114] Telus copies text messages in order to facilitate troubleshooting and dealing with customer complaints. As I will explain, Telus in doing this is intercepting the messages and it has legal authority under the *Code* to do so without a wiretap authorization. In my view, Telus's stated purpose, coupled with the fact that most other service

téléphone du destinataire; s'il n'est pas un abonné de Telus, le message est envoyé du CSMC de Telus au CSMC du fournisseur du destinataire puis il est relayé au téléphone du destinataire par une station cellulaire. Lorsque l'appareil du destinataire ne peut recevoir le message (par exemple, s'il est éteint ou s'il n'y a pas de réception), le message texte est conservé au CSMC de Telus pour une période maximale de cinq jours. Si, à l'expiration de cette période, le téléphone du destinataire n'a pu recevoir le message, ce message est effacé. Si un message n'est pas transmis, l'expéditeur n'en est pas informé.

[113] Telus diffère toutefois de la plupart des autres fournisseurs en ce qu'elle conserve pendant au moins 30 jours, dans l'une de ses quatre bases de données, une copie électronique des messages textes passant par son système. Trois bases de données PSMS (la PSMS 1 (base de données principale), la PSMS 2 (base secondaire) et la PSMS 3 (base tertiaire)) reçoivent des messages dans les quinze minutes, environ, suivant leur envoi, et la capacité de chaque base de données détermine dans laquelle de ces bases un message est stocké. Tous les messages textes que reçoit un client de Telus sont copiés, et la copie est expédiée aux bases de données au moment où le téléphone de l'abonné les reçoit du CSMC de Telus. Lorsqu'un abonné de Telus envoie un message texte, le message est copié lorsqu'il arrive au CSMC de Telus, et la copie est stockée dans une base de données. Telus possède en outre une quatrième base de données, appelée PECSMS, qui reçoit des messages dans un délai de deux à huit heures après leur envoi. Au moment de l'instruction de la présente affaire en première instance, Telus prévoyait qu'en avril 2011 la base PECSMS serait l'unique base de stockage des messages textes et l'utilisation des bases PSMS cesserait.

[114] Telus copie les messages textes pour faciliter le dépannage et le traitement des plaintes des clients. Comme je l'expliquerai plus loin, en procédant ainsi, Telus intercepte les messages, ce que le *Code* l'autorise à faire sans autorisation d'écoute électronique. Le but avoué par Telus, jumelé au fait que la plupart des autres fournisseurs

providers in Ontario transmit text messages without storing copies of them in this manner, makes it clear that this additional step is not part of the communications process. Unlike e-mail messages, which must go through transient storage as they are transmitted, storage of the type in issue here is not inherent to the communication of text messages.

B. *Text Messages and Investigative Techniques*

[115] The *Code* provides at least three potential ways for the police to obtain authorization to acquire the content of stored text messages from Telus: a production order, a general warrant and a so-called “wiretap” interception authorization. The police in this case sought and obtained a general warrant as a sort of enhanced production order, but Telus’s contention is that they were required to seek a wiretap authorization. It will be helpful to describe these three investigative techniques briefly, because the requirements of each are somewhat interrelated.

1. Production Order

[116] The police may obtain the contents of stored text messages by means of a production order under s. 487.012. This provision allows a judge or justice to order a person “to produce documents, or copies of them . . . or to prepare a document based on documents or data already in existence and produce it” (s. 487.012(1)(a) and (b)). The conditions for issuing a production order are similar to those for a search warrant. The issuing justice or judge must be satisfied by information on oath that an offence has been or is suspected to have been committed, that the documents or data will afford evidence respecting the commission of the offence and that the person to whom the order is directed has possession or control of the documents or data (s. 487.012(3)). In addition, the person to whom the order is directed cannot be a person under investigation (s. 487.012(1)).

de services en Ontario transmettent les messages textes sans en conserver une copie de cette façon, montre clairement, selon moi, que cette étape supplémentaire ne fait pas partie du processus de communication. Le type de stockage en cause ici n’est pas inhérent à la communication de messages textes, contrairement au stockage transitoire des courriels, nécessaire à leur transmission.

B. *Messages textes et techniques d’enquête*

[115] Pour obtenir l’autorisation de prendre connaissance du contenu de messages textes stockés par Telus, la police dispose, en vertu du *Code*, d’au moins trois moyens potentiels : l’ordonnance de communication, le mandat général et l’autorisation d’interception, aussi appelée « autorisation d’écoute électronique ». En l’espèce, la police a demandé et obtenu un mandat général se voulant une sorte d’ordonnance de communication étoffée, mais Telus soutient que la police devait demander une autorisation d’écoute électronique. Les exigences de ces trois techniques d’enquête étant en quelque sorte interreliées, une brève description de chacune sera utile.

1. L’ordonnance de communication

[116] La police peut obtenir le contenu de messages textes stockés en demandant l’ordonnance de communication prévue à l’art. 487.012 du *Code*, lequel énonce qu’un juge de paix ou un juge peut ordonner à une personne « de communiquer des documents — originaux ou copies [. . .] [ou] de préparer un document à partir de documents ou données existants et de le communiquer » (al. 487.012(1)a) et b)). Les conditions régissant la délivrance d’une ordonnance de communication sont essentiellement les mêmes que pour le mandat de perquisition. Une dénonciation sous serment doit convaincre le juge de paix ou le juge qu’une infraction a été ou est présumée avoir été commise, que les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l’infraction et que ces documents ou données sont en la possession ou à la disposition de la personne visée par l’ordonnance (par. 487.012(3)). En outre, cette personne ne doit pas faire l’objet de l’enquête (par. 487.012(1)).

[117] When presented with a production order, Telus is required to produce to police, documents or data, or copies thereof, which it already has. In this way, police obtain copies of text messages that have already been sent or received by the subscribers and stored in Telus's databases. It has been assumed and I will accept for the purposes of this case that a production order cannot issue for documents or data not yet in existence (see ss. 487.012(1)(b) and 487.012(3)(c)).

[118] I would add that s. 487.012, on its face, allows a judge or justice to order production of text messages from a provider's databases through a series of daily authorizations. Section 487.012 sets relatively few limits on the issuance of production orders. Unlike the other authorizations that concern us here, it does not require a finding by the judge that the order is necessary to the police investigation, nor does it require that a production order be in the best interests of the administration of justice. Like the reviewing judge, I accept that the police could have accessed the text messages stored in Telus's databases pursuant to such a series of orders.

2. General Warrant

[119] A judge may issue a general warrant, provided for in s. 487.01, to authorize a peace officer to "use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure". The issuing judge must be satisfied on the basis of information on oath that there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique for which the police seek authorization.

[120] Given the wide array of techniques that may be authorized under a general warrant, Parliament has imposed additional, stringent conditions. First,

[117] Lorsque Telus reçoit signification d'une ordonnance de communication, elle doit communiquer à la police les documents ou données qui sont déjà en sa possession ou des copies de ceux-ci. La police obtient ainsi copie de messages textes qui ont déjà été envoyés ou reçus par les abonnés et stockés dans les bases de données de Telus. On a supposé, et je tiens pour acquis en l'espèce, qu'une ordonnance de communication ne peut viser des documents ou données qui n'existent pas encore (voir les al. 487.012(1)b) et 487.012(3)c)).

[118] J'ajouterais qu'à première vue, l'art. 487.012 permet à un juge de paix ou un juge d'ordonner la communication de messages textes se trouvant dans les bases de données d'un fournisseur au moyen d'une série d'autorisations quotidiennes. Cet article établit relativement peu de restrictions pour la délivrance d'ordonnances de communication. Contrairement aux autres autorisations examinées en l'espèce, cet article n'exige pas du juge une conclusion que l'ordonnance est nécessaire à l'enquête policière et ne requiert pas que l'ordonnance serve au mieux l'administration de la justice. À l'instar du juge siégeant en révision, je considère que la police aurait pu avoir accès aux messages textes stockés dans les bases de données de Telus au moyen d'une série de telles ordonnances.

2. Le mandat général

[119] Un juge peut décerner un mandat général autorisant un agent de la paix à « utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive » (art. 487.01). Le juge doit être convaincu, par la dénonciation faite sous serment, de l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise et que l'utilisation de la technique pour laquelle la police demande une autorisation permettra d'obtenir des renseignements au sujet de cette infraction.

[120] Comme une vaste gamme de techniques peuvent être autorisées par un mandat général, le législateur a imposé des conditions supplémentaires

unlike search warrants and production orders that may be issued by judges or justices of the peace, general warrants may only be issued by judges (s. 487.01(1)). Second, “the judge [must be] satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant” (s. 487.01(1)(b)). Third, a general warrant must “contain such terms and conditions as the judge considers advisable to ensure that the search or seizure authorized by the warrant is reasonable in the circumstances” (s. 487.01(3)). Fourth, a general warrant may be issued only if “there is no other provision . . . that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done” (s. 487.01(1)(c)). In other words, a general warrant may not be used to authorize a “technique, procedure or device to be used or . . . thing to be done” if there are other provisions in the *Code* (or elsewhere) that could authorize it. (I will refer to this as the “no other provision” requirement.) Telus’s position is that this requirement was not met because the wiretap provisions of the *Code* provide for authorization of the technique which the police wished to use.

3. Wiretap Authorization

[121] An authorization to intercept private communications under Part VI of the *Code* allows police to receive messages as they are being sent or received by subscribers. These sorts of authorizations are subject to even more strict conditions than those which apply to general warrants. They may only be issued by a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 552 of the *Code*. The Attorney General, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness or a specially designated agent must bring the application (s. 185(1)). There are specific and detailed provisions relating to what must be placed before the judge. The issuing judge must be satisfied not only that it would be in the best interests of the administration of justice to issue the authorization but also that the so-called “investigative necessity” test has been met (s. 186(1)). This means that the

rigoureuses. Premièrement, contrairement aux mandats de perquisition et aux ordonnances de communication qui peuvent émaner de juges ou de juges de paix, le mandat général ne peut être décerné que par un juge (par. 487.01(1)). Deuxièmement, le juge doit être « convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l’administration de la justice » (al. 487.01(1)b)). Troisièmement, le mandat général « doit énoncer les modalités que le juge estime opportunes pour que la fouille, la perquisition ou la saisie soit raisonnable dans les circonstances » (par. 487.01(3)). Quatrièmement, le mandat général n’est décerné que « s’il n’y a aucune disposition [. . .] qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l’accomplissement d’un tel acte » (al. 487.01(1)c)). Autrement dit, on ne peut avoir recours au mandat général pour autoriser « une telle utilisation ou l’accomplissement d’un tel acte » si d’autres dispositions prévues au *Code* (ou ailleurs) pourraient les autoriser. (Ce que j’appellerai, dans ces motifs, la condition qu’il n’y ait « aucune disposition ».) Telus affirme que cette condition n’était pas respectée parce que les dispositions du *Code* en matière d’écoute électronique prévoient l’autorisation de la technique que la police souhaitait utiliser.

3. L’autorisation d’écoute électronique

[121] L’autorisation d’intercepter des communications privées délivrée sous le régime de la partie VI du *Code* permet à la police de recevoir les messages au moment où ils sont envoyés ou reçus par les abonnés. Cette autorisation est assujettie à des conditions encore plus strictes que celles qui s’appliquent au mandat général. Elle ne peut être délivrée que par un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle ou par un juge au sens de l’art. 552 du *Code*, et la demande d’autorisation doit être présentée par le procureur général, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou un mandataire spécialement désigné (par. 185(1)). Des dispositions particulières détaillées prévoient ce qui doit être présenté au juge, lequel doit être convaincu non seulement que l’autorisation servirait au mieux l’administration de la justice, mais encore qu’il a été satisfait au critère

judge must be satisfied that “other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures” (s. 186(1)). The authorization may generally not be valid for more than 60 days (s. 186(4)(e)) and there are notice and reporting requirements (s. 196).

[122] Where a wiretap authorization has issued in relation to text messages, Telus installs a device which automatically re-routes a copy of each text message to a police wire room or listening post. When a text message is sent by a Telus subscriber, the device re-routes a copy of the message when it arrives at the Telus SMSC. When a text message is received by a Telus subscriber, the wiretap device re-routes the copy when the subscriber’s phone receives the message. With an intercept authorization, then, police have access to messages “in real time” as they are being sent and received.

C. *Proceedings*

[123] The police sought and obtained a general warrant in this case. It directed Telus to provide them with copies of the stored text messages to and from two of its subscribers. The warrant required production of messages sent and received before it was issued and, as well, of messages sent and received roughly two weeks into the future. Only the authorization in relation to the future production is in issue here. For those future messages, Telus was required by 2:00 p.m. each day Tuesday to Friday, to provide copies of all messages that had been sent or received between 11:00 a.m. on the previous day and 11:00 a.m. that same morning. On Mondays, Telus had to provide by 2:00 p.m. copies of all messages that had been sent or received between 11:00 a.m. Friday and 11:00 a.m. Monday. In addition, the general warrant required Telus to provide the police with subscriber information for all of the telephone numbers which exchanged texts with the two subscribers in question. Thus,

dit de la « nécessité pour l’enquête » (par. 186(1)), ce qui signifie qu’il doit avoir la conviction que « d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête » (par. 186(1)). Généralement, la durée de validité de l’autorisation ne dépasse pas 60 jours (al. 186(4)e)), et des exigences en matière d’avis et de rapport s’appliquent (art. 196).

[122] Lorsque l’interception de messages textes est autorisée, Telus installe un dispositif qui achemine automatiquement une copie de chaque message texte à la salle ou au poste d’écoute de la police. Lorsqu’un abonné de Telus envoie un message texte, le dispositif achemine une copie du message lorsque celui-ci arrive au CSMC de Telus. Lorsque l’abonné de Telus reçoit un message texte, l’acheminement de la copie se fait lorsque le message parvient au téléphone de l’abonné. Ainsi, avec l’autorisation d’interception, la police a accès aux messages « en temps réel », dès leur envoi ou leur réception.

C. *Historique judiciaire*

[123] En l’espèce, la police a demandé et obtenu un mandat général ordonnant à Telus de lui fournir copie de messages textes stockés, envoyés et reçus par deux de ses abonnés avant la délivrance du mandat et, aussi, de messages qui seraient envoyés et reçus après la délivrance du mandat, pendant une période d’environ deux semaines. Seule l’autorisation de communication des messages textes postérieurs à la délivrance du mandat est en cause. Relativement à ces derniers messages, Telus devait fournir, au plus tard à 14 h chaque jour, du mardi au vendredi, une copie de tous les messages envoyés ou reçus entre 11 h la veille et 11 h le jour même. Les lundis, elle devait fournir, au plus tard à 14 h, une copie de tous les messages envoyés ou reçus entre 11 h le vendredi précédent et 11 h le lundi. Le mandat général exigeait en outre que Telus fournisse à la police les renseignements relatifs aux abonnés à l’égard de tous les numéros de téléphone avec lesquels les deux abonnés en cause

this general warrant was similar to a production order in that it required the production of copies of stored messages and related subscriber information. But it was different from a production order in that it prospectively authorized the production of these copies.

[124] Telus applied to quash the general warrant and its application was mainly dismissed by Sproat J. (2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411). Telus's principal ground for its challenge to the general warrant was that it authorized an interception, a technique that could be authorized under Part VI of the *Code*. It followed that a general warrant could not issue because the "no other provision" requirement for a general warrant was not met.

[125] The reviewing judge rejected this contention. He did not think that what the police were authorized to do under the general warrant was an interception. The police were asking for copies of the messages already stored in Telus's databases; they were not asking permission to "intercept private communications". In his view, the word "intercept" requires a real time capture of otherwise transient communications, and this does not cover obtaining copies of messages stored in a database. The wiretap provisions could only be used to authorize interceptions and therefore would not apply to the investigative technique used by the police in this case. It followed, in the reviewing judge's opinion, that a general warrant could issue.

[126] Telus also advanced a number of other arguments which were rejected by the reviewing judge. Telus submitted that police should have waited until the end of the 14-day period covered by the general warrant and applied for a single production order. The judge rejected Telus's submission that police had to wait so long to obtain the messages. He also found that while police could have gone to the Justice of the Peace to obtain 14 separate production orders, that would have been an impractical solution in the circumstances (para. 76). He identified various drawbacks of

avaient échangé des messages textes. Le mandat général s'apparentait ainsi à une ordonnance de communication, puisqu'il exigeait la communication de copies de messages stockés et de renseignements relatifs aux abonnés s'y rapportant, mais il s'en distinguait du fait qu'il autorisait prospectivement la communication de ces copies.

[124] Telus a demandé l'annulation du mandat général et le juge Sproat a essentiellement rejeté sa demande (2011 ONSC 1143, 105 O.R. (3d) 411). Selon le principal argument invoqué par Telus, le mandat général autorisait une interception, une technique qui pouvait être autorisée sous le régime de la partie VI du *Code*. On ne pouvait donc décerner un mandat général puisque la condition qu'il n'y ait « aucune disposition » permettant cette technique n'avait pas été respectée.

[125] Le juge siégeant en révision a rejeté cet argument. À son avis, le mandat général n'autorisait pas une interception; la police demandait les copies de messages déjà stockés dans les bases de données de Telus; elle ne sollicitait pas l'autorisation d'« intercepter des communications privées ». Le mot « intercepter » exigeait, selon lui, l'obtention en temps réel de communications transitoires, ce qui ne couvrait pas l'obtention de copies de messages stockés dans une base de données. Les dispositions relatives à l'écoute électronique ne pouvaient autoriser que des interceptions et par conséquent, elles n'étaient pas applicables à la technique d'enquête employée par la police en l'espèce. De l'avis du juge siégeant en révision, un mandat général pouvait donc être décerné.

[126] Telus a aussi invoqué d'autres arguments que le juge siégeant en révision a rejetés. Elle a fait valoir que la police aurait dû attendre la fin de la période de 14 jours visée par le mandat général et demander alors une ordonnance unique de communication. Le juge a rejeté cet argument et estimé que la police n'avait pas à attendre si longtemps pour obtenir les messages. Il a ajouté que, bien que la police eût pu demander au juge de paix 14 ordonnances distinctes de communication, cette solution n'était pas pratique dans les circonstances (par. 76). Il a énuméré divers

requiring police to seek 14 authorizations including the need to make repeated, daily applications potentially involving different judicial officers and the inconvenience to Telus resulting from having to deal with daily warrants requiring prompt response (para. 70). Sproat J. concluded that a single general warrant that authorized police to receive deliveries of messages by e-mail over roughly two weeks was appropriate because “it would have been impractical for the police to obtain a daily warrant to achieve the investigative objective of obtaining stored text messages for daily review” (para. 76).

[127] The reviewing judge also dismissed Telus’s submission that issuing a general warrant was not in the best interests of the administration of justice (s. 487.01(1)(b)). He held that the technique sought to be authorized was not an interception. The judge concluded that “it is not open to the court to decide on public policy grounds that the legislative scheme is inappropriate and, under the guise of what is in the best interests of the administration of justice, effectively expand the ambit of Part VI of the *Criminal Code*” (para. 80). The reviewing judge similarly rejected Telus’s submissions that the general warrant was unwieldy and unworkable and imposed an undue burden. The judge noted that similar concerns had been dismissed by this Court in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, at para. 60.

D. *Issues*

[128] The principal point advanced by Telus on appeal is that the investigative technique authorized by the general warrant was, in fact, an interception of a private communication and therefore, by virtue of the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c), could only be authorized under Part VI of the *Code*. My colleague Abella J. agrees with this position while I, respectfully, do not. My colleague Moldaver J., on the other hand, does not find it necessary to address Telus’s principal

inconvénients liés à l’obligation faite à la police de demander 14 autorisations, dont le fait de devoir répéter quotidiennement la demande, peut-être devant des officiers de justice différents, et les inconvénients en résultant pour Telus, qui devrait donner suite à des mandats quotidiens exigeant une prompte réponse (par. 70). Le juge Sproat a conclu qu’un mandat général unique autorisant la police à recevoir des messages par courriel pendant environ deux semaines était acceptable parce qu’[TRADUCTION] « il n’aurait pas été pratique pour la police d’obtenir chaque jour un mandat pour parvenir au résultat visé par son enquête, soit obtenir pour examen quotidien des messages textes stockés » (par. 76).

[127] Le juge siégeant en révision n’a pas retenu non plus l’argument de Telus voulant que la délivrance du mandat général ne serve pas au mieux l’administration de la justice (al. 487.01(1)(b)). Il a conclu que la technique pour laquelle l’autorisation était demandée n’était pas une interception. Il a conclu qu’[TRADUCTION] « il n’appartient pas au tribunal de déterminer, pour des considérations d’intérêt public, que le régime législatif est inadéquat et de prendre prétexte de ce qui sert au mieux l’administration de la justice pour élargir en fait la portée de la partie VI du *Code criminel* » (par. 80). Le juge a aussi écarté l’argument de Telus fondé sur la lourdeur et le caractère impraticable du régime du mandat général et le fardeau excessif qu’il imposait, faisant observer que notre Cour avait écarté pareil argument dans *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, par. 60.

D. *Les questions en litige*

[128] Le principal argument avancé devant nous par Telus est que la technique d’enquête autorisée par le mandat général consistait, en fait, en l’interception de communications privées et qu’en vertu de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » prévue à l’al. 487.01(1)(c), cette technique ne pouvait être autorisée que sous le régime de la partie VI du *Code*. Ma collègue la juge Abella accepte cet argument, mais je ne puis m’y rallier. Mon collègue le juge Moldaver estime pour sa part

submission. Instead, he would hold that even if the general warrant is not, strictly speaking, an interception, it authorizes a technique that is substantively the same as an interception and therefore should be excluded from authorization by a general warrant by virtue of the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c). Thus there are two issues:

1. Is the investigative technique authorized by the general warrant in this case an interception which requires an authorization under Part VI of the *Code*?
2. If the seizure of the stored text messages is not an interception, is the issuance of a general warrant nevertheless barred by the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c) because the technique sought to be authorized was substantively the equivalent of a wiretap?

III. Analysis

A. *First Issue: Is the Investigative Technique Authorized by the General Warrant in This Case an Interception Which Requires an Authorization Under Part VI of the Code?*

[129] Telus submits that a general warrant could not issue in this case because the technique for which police were seeking authorization was the interception of private communications. The investigative technique of interception of private communications can be authorized by a judge under s. 186 in Part VI of the *Code*. Therefore, goes the argument, a general warrant should not have been issued because the police did not meet the “no other provision” requirement for a general warrant (s. 487.01(1)(c)).

[130] My colleague Abella J. substantially accepts this position. She would hold that the general warrant purported to authorize an interception because it allowed for “the *prospective* production of future text messages from a service provider’s

inutile d’examiner le principal argument de Telus. Selon lui, même si le mandat général ne constitue pas à strictement parler un mandat autorisant une interception, il autorise une technique qui y équivaut fondamentalement et qui, par conséquent, devrait être exclue de l’autorisation par mandat général en application de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » imposée par l’al. 487.01(1)c). Deux questions se posent en conséquence :

1. La technique d’enquête autorisée en l’espèce par le mandat général est-elle une interception nécessitant une autorisation sous le régime de la partie VI du *Code*?
2. Si la saisie de messages textes stockés n’est pas une interception, la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » énoncée à l’al. 487.01 (1c) interdit-elle néanmoins la délivrance d’un mandat général du fait que la technique que l’on demande d’autoriser équivaut fondamentalement à de l’écoute électronique?

III. Analyse

A. *Première question : La technique d’enquête autorisée en l’espèce par le mandat général est-elle une interception nécessitant une autorisation sous le régime de la partie VI du Code?*

[129] Telus plaide qu’un mandat général ne pouvait être décerné en l’espèce car la technique d’enquête que la police cherchait à faire autoriser était l’interception de communications privées. Cette technique d’interception de communications privées peut être autorisée par un juge en vertu de l’art. 186, partie VI, du *Code*. Par conséquent, selon cet argument, le mandat général n’aurait pas dû être décerné parce que la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » n’était pas respectée (al. 487.01(1)c)).

[130] Ma collègue la juge Abella accepte en gros cet argument. Elle est d’avis que le mandat général était censé autoriser une interception, parce qu’il permettait « la communication *prospective* de futurs messages textes se trouvant dans l’ordinateur

computer” (para. 15 (emphasis in original)). I understand “the *prospective* production of future text messages” to mean that at the time the warrant issues, at least some of the messages that are required to be disclosed have not yet come into existence. In my respectful view, this general warrant did not authorize an interception.

[131] The investigative technique authorized by the general warrant in this case was not an interception of private communications that could be authorized by s. 186. The general warrant provides the police with copies from Telus of stored messages which it had previously intercepted; police only obtain disclosure of the messages when Telus compiles them from its databases and sends them by e-mail. Far from being a “technical” difference, the distinction between disclosure of an intercepted communication and interception of a communication is fundamental to both the purpose and the scheme of the wiretap provisions.

1. The Text, Context and Scheme of Part VI

[132] The question of whether what the police did under this general warrant is an interception of a private communication is one of statutory interpretation. In my view, when we read the text of the statutory provisions in its full context, it is clear that the general warrant does not authorize an interception that requires a Part VI authorization.

[133] As a general rule, the police require an authorization to intercept private communications by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device. The key words are thus “intercept” and “private communication”.

[134] The word “intercept” is given a non-exhaustive definition: it includes “listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof” (s. 183). The definition of the term “private communication” is linked to the concept of interception. Stripping the definition of “private communication” down to

d’un fournisseur de services » (par. 15 (en italique dans l’original)). Je crois comprendre que « la communication *prospective* de futurs messages textes » signifie qu’au moment où le mandat est décerné, au moins certains des messages à divulguer n’existent pas encore. J’estime avec égards que ce mandat général n’a pas autorisé une interception.

[131] La technique d’enquête autorisée en l’espèce par le mandat général n’est pas une interception de communications privées qui pourrait être autorisée en vertu de l’art. 186. Le mandat général procure à la police des copies de messages stockés, préalablement interceptés par Telus; la police n’obtient la divulgation des messages que lorsque Telus les récupère de sa base de données et les lui envoie par courriel. La distinction entre la divulgation d’une communication interceptée et l’interception d’une communication, loin d’être une différence « de forme », revêt une importance fondamentale pour ce qui est de l’objet des dispositions relatives à l’écoute électronique et du régime qu’elles établissent.

1. Texte, contexte et régime de la partie VI

[132] La question de savoir si ce que la police a fait en vertu du mandat général constitue l’interception de communications privées relève de l’interprétation de la loi. À mon avis, à la lecture des dispositions législatives dans leur contexte intégral, il est clair que le mandat général ne permet pas une interception nécessitant une autorisation sous le régime de la partie VI.

[133] En règle générale, la police doit obtenir une autorisation pour intercepter une communication privée au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. Les mots clés sont donc « intercepter » et « communication privée ».

[134] La définition du mot « intercepter » n’est pas exhaustive; le terme s’entend notamment du fait « d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » (art. 183). La définition de l’expression « communication privée » est liée à la notion d’interception. Si

its essentials, a private communication is a communication made “under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it” (s. 183).

[135] There is no doubt that the text message is a private communication. As we shall see, there is also no doubt that text messages were intercepted by Telus by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device. The question is whether the police also intercepted those messages when Telus turned over to them copies of sent and received messages previously intercepted by Telus and stored in its databases.

[136] This brings me to a fuller examination of the purpose, text and scheme of the wiretap provisions. In my view, this analysis sheds the most light on Parliament’s intent as to whether the technique adopted by the police in this case constitutes an interception. The relevant provisions are set out in the Appendix.

[137] Fundamental to both the purpose and to the scheme of the provisions is the distinction between *the interception* of private communications and *the disclosure, use or retention* of private communications that have been intercepted. The purpose, text and scheme of Part VI show that the disclosure, use or retention of intercepted private communications is distinct from the act of interception itself.

[138] When the original wiretap provisions were introduced in 1973, the explanatory note to the Bill outlined that one of its purposes was to create three distinct types of offences. Two are relevant to this case. The first offence relates to the *interception* of private communications by the use of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device. The second relates to the *disclosure* of private communications intercepted by the use of any such device (Explanatory Note, Bill C-176,

l’on réduit cette définition à l’essentiel, une communication privée est une communication faite « dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers » (art. 183).

[135] Un message texte est incontestablement une communication privée et, comme nous le verrons, il est tout aussi incontestable que Telus a intercepté des messages textes au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. La question est de savoir si la police a elle aussi intercepté ces messages lorsque Telus lui a remis copie des messages envoyés et reçus qu’elle avait préalablement interceptés et stockés dans ses bases de données.

[136] Cette question m’amène à un examen plus approfondi de l’objet et du texte des dispositions relatives à l’écoute électronique, ainsi que du régime qu’elles établissent. Cet examen permet le mieux, selon moi, de déterminer si le législateur voulait que la technique employée par la police en l’espèce constitue une interception. Les dispositions applicables sont reproduites en annexe.

[137] La distinction entre *l’interception* de communications privées et *la divulgation, l’utilisation ou la conservation* de communications privées qui ont été interceptées est fondamentale pour ce qui est de l’objet des dispositions et du régime qu’elles établissent. L’objet, le texte et le régime de la partie VI montrent que la divulgation, l’utilisation ou la conservation de communications privées interceptées sont distinctes de l’interception elle-même.

[138] Lorsque les dispositions originales en matière d’écoute électronique ont été introduites en 1973, les notes explicatives du projet de loi indiquaient qu’il avait notamment pour but de créer trois types distincts d’infractions. Deux d’entre eux sont pertinents en l’espèce. La première infraction a trait à l’*interception* de communications privées au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. La seconde a trait à la *divulgation* de communications privées interceptées

Protection of Privacy Act, 1st Sess., 29th Parl. (S.C. 1973-74, c. 50)). While explanatory notes are less authoritative than legislated statements of purpose, they nonetheless provide some insight to legislative purpose: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 272. The explanatory note thus shows that from its inception, one of the purposes of the legislation was to distinguish between interceptions of private communications and the subsequent and separate acts of disclosure or use of intercepted private communications. This shows that Parliament understood interception and disclosure of intercepted communications to be different things and therefore did not intend to include disclosure or use of intercepted communications as part of the concept of interception.

[139] An early commentator on the legislation noticed that this distinction was fundamental to the statutory scheme. David Watt (now Watt J.A. at the Ontario Court of Appeal) considered whether or not replaying, rehearing, or re-recording a previously recorded conversation constituted an “interception” and concluded:

Each replaying or rehearing of the original interception may well constitute [a] use or disclosure of the intercepted communication within the relevant prohibition but, use or disclosure is not, perforce, interception, and to equate the two is to ignore the fundamental statutory distinction between them. [Emphasis added.]

(*Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at p. 44)

[140] This distinction between interception and disclosure is reflected in the structure of the offence-creating provisions in Part VI. In other words, the text of the legislation precisely reflects the purpose set out in the Explanatory Note. Part VI creates distinct offences reflecting the purpose set out in the Explanatory Note.

de cette façon (Notes explicatives, projet de loi C-176, *Loi sur la protection de la vie privée*, 1^{re} sess., 29^e lég. (S.C. 1973-74, ch. 50)). Bien que les notes explicatives fassent moins autorité que l'énoncé des objets figurant dans le texte de loi même, elles peuvent néanmoins donner une idée de l'objectif législatif : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 272. Les notes explicatives indiquent ainsi que, dès le début, le texte de loi avait notamment pour objet de différencier l'interception de communications privées des actes subséquents et distincts que sont la divulgation ou l'utilisation des communications privées interceptées. Cela dénote que le législateur voyait l'interception et la divulgation de communications interceptées comme deux choses différentes et ne voulait donc pas que la divulgation ou l'utilisation de communications interceptées entrent dans la notion d'interception.

[139] Le caractère fondamental de cette distinction pour le régime établi par la loi a été relevé par un des premiers commentateurs de la loi. David Watt (à présent juge à la Cour d'appel de l'Ontario), se demandant si le fait de rejouer, réentendre ou réenregistrer une conversation déjà enregistrée constituait une « interception », a conclu comme suit :

[TRADUCTION] Le fait de rejouer ou de réentendre la conversation interceptée à l'origine peut fort bien constituer chaque fois une utilisation ou divulgation au sens de l'interdiction applicable, mais utiliser ou divulguer n'est pas nécessairement intercepter, et assimiler les deux revient à faire abstraction de la distinction fondamentale que la loi établit entre ces actes. [Je souligne.]

(*Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), p. 44)

[140] La structure des dispositions de la partie VI créant les infractions reflète cette distinction entre interception et divulgation. En d'autres termes, le texte de loi exprime précisément l'objet énoncé dans les notes explicatives. La partie VI crée des infractions distinctes conformément à l'objet énoncé dans ces notes.

[141] One offence, as noted, prohibits the *interception of a private communication*. Section 184 of the *Code* provides that “[e]very one who, by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, willfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years”. There are a number of exceptions which I will review shortly. The other offence is concerned with *disclosure or use of intercepted information*. Section 193 of the *Code* provides that it is an indictable offence to use or disclose the content or existence of an intercepted communication without the consent of the originator or the person intended to receive it. Once again, there are several exceptions which I will return to in a moment. The enactment of these two distinct offences underlines that the act of interception and the act of disclosure or use of intercepted communications are distinct acts which receive distinct treatment under the statutory scheme.

[142] Turning to the first offence which deals with interceptions, there are several “saving provisions” that exclude certain acts that would otherwise constitute illegal interceptions. These exclusions from liability are relevant to understanding the statutory scheme because they distinguish *interception* of communications from *use or retention* of intercepted communications. It is not necessary to go into all of the details, but the exemptions from criminal liability fall into three categories. It is not an offence to intercept a private communication by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device if (i) the interception occurs with consent (s. 184(2)(a)); (ii) the interception is authorized in accordance with the authorization provisions (s. 184(2)(b)); or (iii) the interception is done for the purposes of providing a communications service or by a servant of Her Majesty engaged in radio frequency spectrum management, or for the purposes of managing or protecting a computer system (s. 184(2)(c), (d) and (e)).

[143] The important point is that the third of these saving provisions — the one in relation to

[141] Une infraction, je le répète, interdit l'*interception d'une communication privée*. Selon l'art. 184 du *Code*, « [e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée ». Des exceptions s'appliquent, comme nous le verrons un peu plus loin. L'autre infraction concerne *la divulgation ou l'utilisation des renseignements interceptés*. Aux termes de l'art. 193 du *Code*, commet un acte criminel quiconque utilise ou divulgue le contenu d'une communication privée ou en divulgue l'existence sans le consentement de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait. Là encore, il existe des exceptions et j'y reviendrai. La création de ces deux infractions distinctes souligne que l'acte d'intercepter et l'acte de divulguer ou d'utiliser des communications interceptées sont des actes distincts que le régime établi par la loi traite différemment.

[142] Dans le cas de la première infraction, relative à l'interception, plusieurs « réserves » excluent des actes qui constitueraient par ailleurs une interception illégale. Ces exclusions sont utiles à la compréhension du régime législatif parce qu'elles distinguent *l'interception* de communications de *l'utilisation ou la conservation* des communications interceptées. Sans entrer dans tous les détails, précisons qu'il existe trois catégories d'exonérations de responsabilité criminelle. L'interception d'une communication privée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre ne constitue pas une infraction (i) si l'auteur de la communication ou la personne qui la reçoit y a consenti (al. 184(2)a)); (ii) si l'interception est autorisée en conformité des dispositions en cette matière (al. 184(2)b)); ou (iii) si l'interception intervient pour la fourniture d'un service de communications ou est faite par un fonctionnaire fédéral chargé de la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication ou encore si elle sert à des fins de gestion ou de protection d'un ordinateur (al. 184(2)c), (d) et e)).

[143] Ce qui importe est que la troisième réserve — celle qui concerne l'interception en lien avec

computer system interceptions — makes a distinction between *interception* on the one hand and *use* or *retention* of the intercepted communications on the other. Section 184(2)(e) excludes from the offence the interception of a private communication passing through a computer system by a person in control of it, provided that the interception is reasonably necessary for managing the quality of service or protecting the computer system. This exception is qualified by s. 184(3), which relies on the distinction between *interception* and *use or retention*. Under s. 184(3), a private communication *intercepted* by a person in control of a computer system may only be *used or retained* if it is essential to prevent harm to the system or if it is disclosed as provided for elsewhere in the legislation.

[144] Thus, within the interception offence provisions, there is a distinction made between interceptions and the use or retention of intercepted communications. This suggests that Parliament viewed those acts as different and distinct.

[145] That brings us to the second offence in the scheme, the offence prohibiting the use or disclosure of previously intercepted private communications. Under s. 193(1), it is an offence to *use* or *disclose* the content or existence of a private communication that has been intercepted without consent. Note that the use and disclosure offence relates to a “private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof”. The existence of this offence as something distinct from the interception offence shows that Parliament treated interception and disclosure or use as distinct concepts.

[146] A comparison of the exemptions in ss. 184 and 193 reinforces my position. The exemptions in s. 193 are far more permissive than those in s. 184, especially with respect to criminal investigations. Under s. 184, police can only intercept communications if they are authorized to do so (s. 184(2)(b)) or in certain exceptional circumstances (s. 184.4). By contrast, s. 193 includes broad exemptions that

un ordinateur — distingue *l’interception* de la communication, d’une part, de *l’utilisation* ou de *la conservation* de la communication interceptée, d’autre part. L’alinéa 184(2)e) exclut de l’infraction l’interception, par une personne en possession ou responsable d’un ordinateur, de communications privées passant par l’ordinateur lorsque l’interception est raisonnablement nécessaire pour la gestion de la qualité du service de l’ordinateur ou pour la protection de celui-ci. Le paragraphe 184(3), qui repose sur la distinction entre *l’interception* et *l’utilisation ou la conservation*, vient préciser cette exception; une communication privée *interceptée* par une personne en possession ou responsable d’un ordinateur ne peut être *utilisée ou conservée* que si elle est essentielle pour empêcher un dommage à l’ordinateur ou si elle est divulguée conformément à une autre disposition du *Code*.

[144] Ainsi, les dispositions relatives à l’infraction d’interception distinguent l’interception de l’utilisation ou la conservation des communications interceptées, ce qui indique que le législateur y voyait des actes différents et distincts.

[145] Cela nous amène à la deuxième infraction prévue par le régime, qui interdit l’utilisation ou la divulgation de communications privées interceptées. Aux termes du par. 193(1), commet une infraction quiconque *utilise* ou *divulgue* le contenu ou l’existence d’une communication privée interceptée sans qu’il y ait eu consentement. Je signale que l’infraction d’utilisation ou de divulgation concerne « tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l’objet de tout ou partie de celle-ci ». L’existence de cette infraction en tant qu’infraction distincte de celle d’interception montre que le législateur considérait l’interception, d’une part, et la divulgation ou l’utilisation, d’autre part, comme des concepts distincts.

[146] La comparaison des exemptions prévues aux art. 184 et 193 me conforte dans cette position. L’article 193 prévoit des exemptions beaucoup plus permissives que celles prévues à l’art. 184, en particulier en ce qui a trait aux enquêtes en matière pénale. Aux termes de l’art. 184, la police ne peut intercepter des communications que si elle est autorisée à le faire (al. 184(2)b)) ou dans

permit disclosure of intercepted communications in a range of circumstances including in the course of civil or criminal proceedings (s. 193(2)(a)), and “in the course of or for the purpose of any criminal investigation” (s. 193(2)(b)). Had Parliament understood disclosure of intercepted private communications to be a form of interception, one would expect substantial correspondence between the exemptions relating to interception and those relating to disclosure. This is plainly not the case.

[147] This point is even further supported by a comparison of the particular exemptions that apply to communication service providers, set out in ss. 193(2) and 184(2). Recall that providers of communication services are exempt from the interception offence when they intercept communications for the purposes of service delivery (s. 184(2)(c)). There is a comparable exemption for service providers in relation to the disclosure offence. Section 193(2)(d) exempts from criminal liability disclosures in the course of the operation of a communications or computer system, provided that the disclosure is necessarily incidental to the purposes which provide such operators with an exemption from the interception offence. Thus, operators of communications systems such as Telus are exempted in certain circumstances from both the interception offence and the disclosure offence. This further underlines that Parliament viewed these activities as distinct.

[148] To sum up, the legislative scheme creates two distinct offences, one which deals with interception and the other with use or disclosure of a communication. Fundamental to the scheme is the distinction between these activities: if disclosure or use of a private communication were an interception of it, there would be no need to create the distinct disclosure or use offence. Similarly, the exemptions from criminal liability show that Parliament

certaines circonstances exceptionnelles (art. 184.4). L'article 193, par contre, comprend de larges exemptions qui permettent la divulgation de communications interceptées dans diverses circonstances, notamment lors de poursuites civiles ou pénales (al. 193(2)a)) et « au cours ou aux fins d'une enquête en matière pénale » (al. 193(2)b)). On peut penser que, si le législateur considérait la divulgation de communications privées interceptées comme une forme d'interception, il y aurait eu une correspondance substantielle entre les exemptions relatives à l'interception et celles qui se rapportent à la divulgation. Or, ce n'est manifestement pas le cas.

[147] La comparaison des exemptions particulières qui s'appliquent aux fournisseurs de services de communications, énoncées aux par. 193(2) et 184(2), étaye encore plus ce point. On se rappellera que l'interception de communications par les fournisseurs de services de communications ne constitue pas une infraction si elle intervient pour les fins de la fourniture de ces services (al. 184(2)c)). Une exception comparable s'applique à l'infraction de divulgation. L'alinéa 193(2)d) écarte la responsabilité criminelle à l'égard de la divulgation intervenant dans le cadre de l'exploitation d'un système de communications ou d'un service de gestion ou de protection d'un ordinateur, si la divulgation est nécessairement accessoire aux fins pour lesquelles les exploitants peuvent être exonérés de l'infraction d'interception. Ainsi, les exploitants de systèmes de communications comme Telus jouissent, dans certaines circonstances, d'une exception à l'infraction d'interception et à celle de divulgation. Cela souligne une fois de plus que le législateur considérait ces actes comme distincts.

[148] Pour résumer, le régime législatif crée deux infractions distinctes, l'une qui concerne l'interception, et l'autre, l'utilisation ou la divulgation d'une communication. La distinction entre ces actes est un élément fondamental du régime : si la divulgation ou l'utilisation d'une communication privée en constituait l'interception, il n'aurait pas été nécessaire de les ériger en infraction distincte. De la même façon, les exonérations de responsabilité

distinguished between interception on one hand and retention, use and disclosure on the other.

2. Did the General Warrant Authorize an Interception of a Private Communication?

[149] How does this relate to what Telus and the police were doing under the general warrant in this case? To begin with Telus, no one disputes that it was intercepting text messages when it copied them for its own systems administration purposes. Similarly, it is agreed (and I will accept for the purposes of this appeal) that Telus did not commit the offence of unlawful interception. It performed interceptions for a permitted purpose which was exempted from criminal liability. Section 184(2)(c) makes it clear that it is not an offence for communication service providers such as Telus to intercept private communications where that is necessary for, among other things, quality control purposes. Under s. 193(2)(d), they also, for the same purposes, can disclose the intercepted communications without incurring criminal liability. There is, therefore, no question for the purposes of this appeal that Telus lawfully intercepted private communications.

[150] What about the actions of the police under the general warrant? They sought disclosure from Telus of information that it had already lawfully intercepted. The general warrant did not require Telus to intercept communications, but to provide copies of communications that it had previously intercepted for its own lawful purposes. There is no suggestion that Telus was carrying out these interceptions at the bidding of the police; interceptions carried out for police purposes would clearly require authorizations as they would not fall within the exempt purposes under s. 184(2)(c). However, as the scheme of the legislation makes clear, disclosure or use of a lawfully intercepted communication is not an interception. As discussed in detail earlier, Part VI of the *Code* makes a fundamental distinction between, on one hand,

criminelle prévues par le législateur indiquent qu'il a établi une distinction entre l'interception, d'une part, et la conservation, l'utilisation et la divulgation, d'autre part.

2. Le mandat général autorisait-il l'interception de communications privées?

[149] Comment cela se rattache-t-il à ce que Telus et la police accomplissaient en vertu du mandat général en l'espèce? S'agissant de Telus, nul ne conteste qu'elle interceptait les messages textes lorsqu'elle les copiait pour les besoins de gestion de ses propres systèmes. Il est pareillement reconnu que Telus n'a pas commis une infraction d'interception illégale (ce que je tiens pour acquis pour le besoin du présent pourvoi). Elle a réalisé des interceptions dans un but autorisé visé par une exonération de responsabilité criminelle. L'alinéa 184(2)c) établit clairement que l'interception de communications privées par un fournisseur de services de communications comme Telus ne constitue pas une infraction lorsqu'elle est nécessaire, entre autres choses, pour le contrôle de la qualité des services. Aux termes de l'al. 193(2)d), ces fournisseurs peuvent aussi, pour les mêmes besoins, divulguer les communications interceptées sans encourir de responsabilité criminelle. Il ne fait donc aucun doute en l'espèce que Telus a licitement intercepté des communications privées.

[150] Qu'en est-il de ce qu'a fait la police en vertu du mandat général? La police a demandé à Telus la divulgation de renseignements que Telus avait déjà légalement interceptés. Le mandat général n'obligeait pas Telus à intercepter des communications, mais à fournir copie de communications qu'elle avait déjà interceptées à des fins licites qui lui étaient propres. Nul ne prétend que Telus procédait à ces interceptions à la demande de la police; des interceptions effectuées pour des fins policières nécessiteraient clairement une autorisation puisque ces fins ne sont pas visées par l'exception prévue à l'al. 184(2)c). Toutefois, comme l'indique clairement le régime législatif, la divulgation ou l'utilisation de communications interceptées légitimement ne constituent pas une interception. J'ai déjà précisé que la partie VI du

intercepting — i.e. listening to, recording or acquiring a communication or the substance, meaning or purport thereof — and, on the other, *using or disclosing* a private communication or the substance, meaning or purport thereof or disclosing the existence of the communication. This distinction is recognized by the purposes of the provisions, by the creation of distinct offences for unlawful interception and unlawful use or disclosure and by the saving provisions which apply to the interception and disclosure offences.

[151] In my view, it is inconsistent with the fundamental distinction made by the legislation to conclude that the police were intercepting private communications when Telus provided them with copies of previously intercepted and stored text messages.

3. Abella J.’s Reasons

[152] That brings me to Abella J.’s reasons. She would hold that the general warrant purported to authorize an interception because it allowed for “the *prospective* production of future text messages from a service provider’s computer” (para. 15 (emphasis in original)); the fact that the messages were stored in a database is simply a “technical” difference in Telus’s service delivery system that should not “deprive Telus subscribers of the protection of the *Code*” (para. 3). Therefore, a wiretap authorization, not a general warrant, was required. This interpretation relies on the fact that the word “intercept” is defined to include “acquire a communication or . . . the substance, meaning or purport thereof” (s. 183) and the fact that wiretap authorizations are prospective in nature. I do not find this approach convincing for three reasons.

[153] My first difficulty is that Abella J.’s approach does not give effect to the clear distinction in the statute between interception and disclosure.

Code établit une distinction fondamentale entre *l’interception*, d’une part — c.-à-d. écouter, enregistrer ou prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet — et, d’autre part, *l’utilisation ou la divulgation* d’une communication privée ou de sa substance, son sens ou son objet, ou la divulgation de son existence. La reconnaissance de cette distinction est manifeste dans l’objet des dispositions, dans la création d’infractions distinctes pour l’interception illégale et pour l’utilisation ou la divulgation illégales, ainsi que dans les réserves qui s’appliquent à ces infractions.

[151] À mon avis, la conclusion que la police interceptait des communications privées en recevant de Telus des copies de messages textes déjà interceptés et stockés est incompatible avec la distinction fondamentale qu’établit le texte de loi.

3. Les motifs de la juge Abella

[152] Ce qui m’amène à examiner les motifs de la juge Abella. Selon elle, le mandat général visait à autoriser une interception parce qu’il permettait « la communication *prospective* de futurs messages textes se trouvant dans l’ordinateur d’un fournisseur de services » (par. 15 (en italique dans l’original)); le fait que les messages étaient stockés dans une base de données constitue simplement une différence « technique » propre au mode de prestation de service de Telus qui ne devrait pas priver les abonnés de Telus de la protection du *Code* (par. 3). Par conséquent, la police devait disposer d’une autorisation d’écoute électronique, non d’un mandat général. Cette interprétation s’appuie sur l’inclusion, dans la définition d’« intercepter », des mots « prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » (art. 183) et sur la nature prospective des autorisations d’écoute électronique. À mon avis, ce raisonnement n’est pas convaincant pour trois raisons.

[153] Le premier problème que j’y vois est qu’il ne donne pas effet à la distinction claire que fait la loi entre l’interception et la divulgation. Pour les

For reasons I set out earlier, this distinction cannot in my view be dismissed as a mere “technical difference”. The distinction is fundamental to the scheme of the provisions. Parliament treated “interception” and “disclosure” as separate acts, giving rise to different offences and different exemptions, even though they may relate to the same private communications. When Telus turns over to the police the copies of the communications that it has previously intercepted, Telus is disclosing the communications, not intercepting them again. I do not understand how this disclosure by Telus from its databases can be an interception by the police.

[154] The second difficulty with my colleague’s position relates to her reliance on the definition of “intercept” in s. 183 and particularly on the fact that “intercept” includes “acquire the substance, meaning or purport” of a private communication. Read broadly, this definition of “intercept” means that any time the police acquire the content of a private communication by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, they have engaged in an interception. In my view, the context and purpose of Part VI require the phrase “acquire the substance, meaning or purport” of a private communication to be read more narrowly.

[155] To begin, “acquire” must be understood in the context of the text surrounding it; it is found in a list that includes “listen to” and “record”, both activities that occur simultaneously with the communication being intercepted. It is also used to explain the word “intercept” and I think it is clear that there are many ways to acquire the content of a communication that could not be thought of as an interception. Moreover, if, as my colleague Abella J. maintains (at para. 37), “[a]cquiring the substance of a private communication from a computer maintained by a telecommunications service provider” constitutes an interception, then wiretap authorizations may well be required for a host of searches that are clearly not contemplated by

motifs que j’ai déjà exposés, j’estime que l’on ne peut, en la qualifiant de simple « différence technique », rejeter cette distinction, qui constitue un élément fondamental du régime créé par les dispositions en cause. Le législateur a traité l’« interception » et la « divulgation » comme des actes distincts, donnant naissance à des infractions et à des exceptions différentes, même si elles peuvent se rapporter aux mêmes communications privées. Lorsque Telus remet à la police les copies de communications déjà interceptées, elle les divulgue, elle ne les intercepte pas à nouveau. Je ne vois pas comment cette divulgation par Telus de données stockées dans ses bases de données peut constituer une interception par la police.

[154] Le deuxième problème découle de ce que ma collègue s’appuie sur la définition d’« intercepter » énoncée à l’art. 183 et, plus particulièrement, sur le fait qu’« intercepter » inclut « prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet ». Dans son sens large, cette définition d’« intercepter » signifie que chaque fois que la police prend connaissance d’une communication privée au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, elle effectue une interception. À mon avis, le contexte et l’objet de la partie VI exigent que les mots « prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » reçoivent une interprétation plus étroite.

[155] Tout d’abord, le sens des mots « prendre volontairement connaissance » doit être interprété en fonction du contexte où ils s’insèrent; ils font partie d’une énumération comprenant « écouter » et « enregistrer », deux actions se produisant en même temps que l’interception de la communication. Ils servent aussi à expliquer le mot « intercepter », et il est clair, je pense, que beaucoup de façons de prendre volontairement connaissance du contenu d’une communication ne peuvent être considérées comme une interception. De plus, si, comme l’affirme ma collègue la juge Abella (par. 37), « [l]a prise de connaissance de la substance d’une communication privée se trouvant dans un ordinateur exploité par un fournisseur de services de

Part VI of the *Code*. Police may well have to obtain a Part VI authorization any time they want access to the content of private communications, no matter when the message has been sent or whether it has been received or stored on the recipient's device. For example, on a broad reading of "acquire" police seizing e-mails on a BlackBerry device would be engaged in an interception because they are acquiring the content of private communications. Similarly, a person authorized to search a computer system as contemplated under s. 487(2.1) would need a wiretap authorization to seize copies of personal communications stored on those computers (including, for example, e-mail messages and stored copies of Internet chats). This approach would run counter to a line of cases in which Canadian courts have found that search warrants are sufficient to allow police to access documents and data stored on a computer: see, e.g., *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 73; *R. v. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241, at para. 33; *R. v. Bahr*, 2006 ABPC 360, 434 A.R. 1; *R. v. Cross*, 2007 Can LII 64141 (Ont. S.C.J.), at paras. 25-27; *R. v. Little*, 2009 CanLII 41212 (Ont. S.C.J.), at para. 154; *R. v. Tse*, 2008 BCSC 906 (CanLII), at para. 198; *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181, 281 A.R. 333, at para. 19. If the phrase "acquire a communication or . . . the substance, meaning or purport thereof" is given a broad meaning, stored private communications that have long been accessible to police under ordinary search warrants or production orders would fall under Part VI.

[156] As I see it, such a broad reading of "acquire" is inappropriate, given the scheme and purpose of the wiretap provisions. I will not repeat the analysis set out above. It flows from that analysis, however, that acquiring the content of a previously intercepted and stored communication cannot be an interception because that broad

télécommunications » constitue une interception, il se pourrait fort bien alors qu'une autorisation d'écoute électronique soit nécessaire pour une multitude de fouilles ou perquisitions qui ne sont manifestement pas visées par la partie VI du *Code*. La police pourrait devoir obtenir une autorisation sous le régime de cette partie chaque fois qu'elle veut avoir accès au contenu de communications privées, peu importe quand le message a été envoyé ou qu'il ait été reçu ou stocké dans l'appareil du destinataire. Par exemple, selon une interprétation large de « prendre volontairement connaissance », la saisie de courriels d'un appareil BlackBerry constituerait une interception, parce qu'il y a prise de connaissance du contenu de communications privées. De la même façon, une personne autorisée en vertu du par. 487(2.1) à effectuer une perquisition dans un ordinateur aurait besoin d'une autorisation d'écoute électronique pour prendre copie des communications personnelles qui y sont stockées (y compris, par exemple, les courriels et les copies de clavardage). Un tel raisonnement irait à l'encontre du courant jurisprudentiel canadien selon lequel le mandat de perquisition est suffisant pour autoriser l'accès par la police à des documents et données conservés dans un ordinateur : voir, p. ex., *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 73; *R. c. Jones*, 2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241, par. 33; *R. c. Bahr*, 2006 ABPC 360, 434 A.R. 1; *R. c. Cross*, 2007 CanLII 64141 (C.S.J. Ont.), par. 25-27; *R. c. Little*, 2009 CanLII 41212 (C.S.J. Ont.), par. 154; *R. c. Tse*, 2008 BCSC 906 (CanLII), par. 198; *R. c. Weir*, 2001 ABCA 181, 281 A.R. 333, par. 19. Si les mots « prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » recevaient une interprétation large, les communications privées stockées auxquelles la police a depuis longtemps accès au moyen de mandats de perquisition ordinaires seraient visées par la partie VI.

[156] Compte tenu de l'objet des dispositions en matière d'écoute électronique et du régime qu'elles créent, il ne convient pas, à mon avis, d'interpréter de façon aussi large les mots « prendre volontairement connaissance ». Je ne reprendrai pas l'analyse exposée précédemment, sauf à dire qu'il en découle que l'on n'intercepte pas des

reading is inconsistent with the clear distinction between interception and disclosure in the provisions. Applied broadly, this interpretation of “acquire” would extend the scope of investigative techniques which require wiretap authorizations far beyond anything ever previously contemplated.

[157] That brings me to the temporal aspect of interception that Abella J. introduces, which is the third difficulty I see with her approach. As I understand it, the acquisition of the content of a private communication is an interception if the acquisition is authorized prospectively. It follows that whether or not an act constitutes an interception depends not on the nature or timing of the act itself, but on when the act is authorized. It necessarily follows that the seizure of previously intercepted and stored text messages would not be an interception as long as it was authorized *after* the messages were stored. The police could obtain a production order at the end of every day during the period covered by the general warrant and there would be no interception. However, under this prospective authorization test, if the police were to seize the exact same information, in the same form and by the same means pursuant to an authorization issued *before* the messages were stored, they would be engaging in an interception. This approach seems to me to confuse the act of interception with the nature of its authorization.

[158] Interception is a technique, a way of acquiring the substance of a private communication. I do not understand how it could be that exactly the same technique, which acquires information in exactly the same form, may be either a seizure of stored material or an interception, depending on the point in time at which the technique is authorized. But that is the result of my colleague Abella J.’s analysis. I cannot accept this conclusion.

communications déjà interceptées et stockées en en prenant connaissance, parce qu’une telle interprétation large est incompatible avec la nette distinction que font les dispositions législatives entre interception et divulgation. L’application générale de cette interprétation de « prendre volontairement connaissance » élargirait bien au-delà de tout ce qui a déjà pu être envisagé le champ des techniques d’enquête nécessitant une autorisation d’écoute électronique.

[157] Ce qui m’amène à traiter l’aspect temporel de la notion d’interception qu’introduit la juge Abella, et c’est la troisième difficulté que me pose son approche. Si je comprends bien, il y a une interception si la prise de connaissance du contenu d’une communication privée est autorisée de façon prospective. Par conséquent, la question de savoir si un acte constitue une interception ne dépend pas de la nature de l’acte lui-même ou du moment où il est posé, mais du moment où il est autorisé. Il s’ensuit nécessairement que la saisie de messages textes déjà interceptés et stockés ne constituerait pas une interception dès lors qu’elle était autorisée *après* le stockage des messages. La police pourrait obtenir une ordonnance de communication à la fin de chaque jour pendant la période visée par le mandat général et il n’y aurait pas d’interception. Toutefois, suivant ce critère de l’autorisation prospective, si la police devait saisir les mêmes renseignements, sous la même forme et par les mêmes moyens en vertu d’une autorisation accordée *avant* que les messages ne soient stockés, elle procéderait à une interception. À mon sens, cette conception confond l’acte d’intercepter et la nature de son autorisation.

[158] L’interception est une technique, une façon de prendre connaissance de la substance d’une communication privée. Je ne comprends pas comment la même technique, donnant connaissance de l’information sous la même forme, peut constituer soit une saisie de renseignements stockés, soit une interception, selon le moment où elle est autorisée. C’est pourtant ce à quoi conduit le raisonnement de ma collègue la juge Abella. Je ne puis me rallier à cette conclusion.

4. The Conclusion on the First Issue

[159] In my view, the investigative technique which the police were authorized to use by the general warrant was not an interception within the meaning of the wiretap provisions of the *Code*.

B. *Second Issue: If the Seizure of the Stored Text Messages Is Not an Interception, Is the Issuance of a General Warrant Nevertheless Barred by the “No Other Provision” Requirement in Section 487.01(1)(c) Because the Technique Sought to Be Authorized Was Substantively the Equivalent of a Wiretap?*

[160] My colleague Moldaver J., like Abella J., would set aside the general warrant because the police did not meet the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c). However, Moldaver J. reaches this conclusion by a different route which, as I understand it, relies on three main points. First, the general warrant is one of limited resort that should be used sparingly (para. 56). I respectfully do not accept this general proposition or the result to which its adoption leads in this case. Second, the technique proposed by police in this case is “substantively” the same as an interception and therefore cannot be authorized under s. 487.01(1) because of the “no other provision” requirement in para. (c). Respectfully, as I see it, the “substantive equivalency” test is not part of the analysis under s. 487.01(1)(c) and would not apply to the facts of this case even if it were. Third, given this “substantive” similarity, police resort to the general warrant amounts to a “misuse” of s. 487.01, a “convenient way” for police to avoid the rigours of wiretap authorizations. While I share my colleague’s view that the courts should be vigilant for undue extension and abuse of the general warrant provisions, my respectful view is that this is an inappropriate case in which to give effect to those concerns.

4. Conclusion relative à la première question

[159] Je suis d’avis que la technique d’enquête que la police était autorisée à employer par le mandat général ne constituait pas une interception au sens des dispositions du *Code* en matière d’écoute électronique.

B. *Deuxième question : Si la saisie de messages textes stockés n’est pas une interception, la condition qu’il n’y ait « aucune disposition » énoncée à l’al. 487.01(1)c) interdit-elle néanmoins la délivrance d’un mandat général du fait que la technique que l’on demande d’autoriser équivaut fondamentalement à de l’écoute électronique?*

[160] Mon collègue le juge Moldaver, comme la juge Abella, annulerait le mandat général au motif que la police n’a pas respecté la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », énoncée à l’al. 487.01(1)c). Le juge Moldaver parvient toutefois à cette conclusion par un raisonnement différent s’appuyant, si je comprends bien, sur trois points principaux. Premièrement, le mandat général constitue une autorisation qu’il faut utiliser de façon limitée et avec modération (par. 56). Je ne puis accepter ni ce postulat ni le résultat qu’il produit en l’espèce. Deuxièmement, la technique proposée ici par la police équivaut « sur le plan du fond » à une interception et elle ne peut donc être autorisée en vertu du par. 487.01(1) en raison de la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », énoncée à l’al. c). J’estime respectueusement que le critère de l’« équivalence sur le plan du fond » n’entre pas dans l’analyse relative à l’al. 487.01(1)c), et qu’en supposant même qu’il entre dans cette analyse, il ne s’appliquerait pas compte tenu des faits de la présente espèce. Troisièmement, vu cette similarité « sur le plan du fond », le recours au mandat général par la police constitue un « recours abusif » à l’art. 487.01, une « façon commode » pour elle d’éviter la rigidité de l’autorisation d’écoute électronique. Bien que j’estime, comme mon collègue, que les tribunaux doivent veiller à ce que les dispositions relatives au mandat général ne soient pas indûment élargies ou utilisées, ces préoccupations selon moi n’ont pas lieu d’être en l’espèce.

1. The Purpose of the General Warrant Provision

[161] Moldaver J. counsels against literal interpretation of the provisions and espouses a purposive one. Of course, I agree that all legislation must be interpreted purposively. I respectfully part company about what results from a purposive interpretation of this provision.

[162] I begin with the purposes of the general warrant provision. I do not accept that the purpose of s. 487.01(1) is to provide authorizations only in very limited circumstances and that it therefore must only be used “sparingly”. On the contrary, as numerous authorities have acknowledged, the provision is cast in wide terms. As one leading commentator put it:

Through s. 487.01 (and s. 487.02), Parliament has provided a broad, plenary warrant-granting power intended to ensure that judicial authorization is legally available for virtually any investigative technique that can be brought within the *Hunter* conditions for judicial pre-authorization.

(S. C. Hutchison, *Hutchison’s Canadian Search Warrant Manual 2005* (2nd ed. 2004), at p. 143)

When the Ontario Court of Appeal considered this issue in *R. v. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, at para. 35, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii, it rejected a restrictive interpretation of s. 487.01. Rather, the court affirmed the remedial character of s. 487.01 and cited its previous holding in *R. v. Lauda* (1998), 37 O.R. (3d) 513, at pp. 522-23, aff’d [1998] 2 S.C.R. 683, to the effect that the general warrant provides for a flexible range of investigative procedures; see also *R. v. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641, at p. 644.

[163] Taking into account this understanding of the purpose of s. 487.01, I approach the interpretation of the provision differently than my colleague. In particular, I do not accept as an imperative that s. 487.01 must be interpreted with a view to heavily restricting its use. The focus of the inquiry is on two matters (in addition of course to

1. L’objet des dispositions relatives au mandat général

[161] Le juge Moldaver préconise une interprétation téléologique, et non littérale, de ces dispositions. Je conviens, évidemment, que toutes les lois doivent recevoir une interprétation téléologique, mais je ne partage pas son avis au sujet du résultat de l’interprétation téléologique de ces dispositions.

[162] J’examine d’abord l’objet des dispositions relatives au mandat général. Je ne puis accepter que le par. 487.01(1) ait pour objet de n’accorder l’autorisation prévue que dans des circonstances très restreintes et qu’il faut en conséquence n’y recourir qu’avec « modération ». Au contraire, cette disposition est formulée en termes larges, ainsi que le signalent de nombreux auteurs. Comme l’a indiqué un auteur reconnu :

[TRADUCTION] En édictant l’art. 487.01 (et l’art. 487.02), le législateur a prévu un pouvoir vaste et complet d’octroi de mandats afin que pratiquement toutes les techniques d’enquête pouvant satisfaire aux conditions posées par *Hunter* en matière d’autorisation judiciaire préalable puissent être autorisées.

(S. C. Hutchison, *Hutchison’s Canadian Search Warrant Manual 2005* (2^e éd. 2004), p. 143)

Lorsque la Cour d’appel de l’Ontario a examiné cette question dans *R. c. Ha*, 2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751, par. 35, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii, elle s’est refusée à interpréter l’art. 487.01 de façon restrictive. Elle a plutôt confirmé la nature réparatrice de la disposition en citant son arrêt *R. c. Lauda* (1998), 37 O.R. (3d) 513, p. 522-523, conf. par [1998] 2 R.C.S. 683, où elle avait jugé que le mandat général permet une gamme souple de méthodes d’enquête; voir aussi *R. c. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641, p. 644.

[163] Compte tenu de cette conception de l’objet de l’art. 487.01, j’en aborde l’interprétation différemment de mon collègue. Plus particulièrement, je rejette la prémisse voulant que cet article doive être interprété de façon à en restreindre sévèrement l’utilisation. L’examen porte sur deux points (outre, bien sûr, les motifs raisonnables

reasonable grounds to believe that an offence has been committed and that information concerning the offence will be obtained): Is authorization for the “technique, procedure or device to be used or the thing to be done” provided for in any other federal statute and is it in the best interests of the administration of justice to authorize it to be done?

[164] Turning from the purpose of s. 487.01 to the text and purpose of s. 487.01(1)(c) specifically, its focus is on the *means* by which an investigation is carried out, not its *objective*. Section 487.01(1)(c) provides that a general warrant may issue if “there is no other provision . . . that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done”. The words “technique”, “procedure”, “device to be used” and “thing to be done” all are concerned with *what* the police want to do, not *why* they want to do it. This paragraph does not require issuing judges to consider whether other techniques are similar or allow access to the same evidence; it simply asks if the *same technique* can be authorized by another provision.

[165] The jurisprudence under this provision has consistently taken this approach. MacPherson J.A. made this point in *Ha* when he observed, at para. 43, that

[t]he focus in the s. 487.01(1)(c) analysis is not on whether there are other investigative techniques that might accomplish the purported investigative purposes or goals of the police; rather the focus is on the particular investigative technique or procedure that the police seek to utilize and whether it can properly be authorized by another provision. [Emphasis added.]

This is not simply a narrow, literal interpretation of s. 487.01. Rather, it is an interpretation that reflects its purpose of conferring a broad judicial discretion to authorize the police to “use any device or investigative technique or procedure or do any thing”, provided of course that the judge is satisfied

de croire qu’une infraction a été commise et que l’autorisation demandée permettra d’obtenir des renseignements la concernant) : L’autorisation porte-t-elle sur l’utilisation d’« un dispositif ou une technique ou une méthode d’enquête » ou « l’accomplissement d’un [. . .] acte » prévu par une autre disposition législative fédérale et sert-elle au mieux l’administration de la justice?

[164] Si l’on délaisse l’objet de l’art. 487.01 pour s’attacher plus précisément à l’examen du texte et de l’objet de l’al. 487.01(1)c), la disposition ne met pas l’accent sur l’*objectif* d’une enquête mais sur les *moyens* de la réaliser. L’alinéa 487.01(1)c) prévoit qu’un mandat général peut être décerné « s’il n’y a aucune disposition [. . .] qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation [d’un dispositif, une technique ou une méthode d’enquête] ou l’accomplissement d’un tel acte ». Les mots « une telle utilisation [d’un dispositif, une technique ou une méthode d’enquête] » et « l’accomplissement d’un tel acte » renvoient tous à *ce que* la police veut faire, non aux *raisons* motivant ce choix. Cet alinéa n’exige pas que le juge saisi examine s’il existe des techniques analogues et si elles permettent d’obtenir les mêmes éléments de preuve, mais simplement si *une telle utilisation* peut être autorisée par une autre disposition.

[165] C’est ce raisonnement que la jurisprudence relative à cette disposition a toujours tenu, et c’est ce qu’a affirmé le juge MacPherson, dans *Ha*, lorsqu’il a indiqué ce qui suit, au par. 43 :

[TRADUCTION] L’analyse relative à l’al. 487.01(1)c) ne porte pas sur l’existence d’autres techniques d’enquête qui pourraient répondre aux besoins ou aux objectifs d’enquête de la police; elle porte plutôt sur la technique ou méthode d’enquête particulière que la police cherche à utiliser et sur la possibilité que cette utilisation puisse être autorisée par une autre disposition. [Je souligne.]

Il ne s’agit pas simplement d’une interprétation étroite et littérale de l’art. 487.01. Il s’agit plutôt d’une interprétation qui rend compte de son objet : l’octroi au juge du vaste pouvoir discrétionnaire d’autoriser la police « à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d’enquête, ou à

that it is in the best interests of the administration of justice to do so, having due regard to the importance of the constitutional right to be free of unreasonable searches and seizures. I completely agree with MacPherson J.A., writing for the Ontario Court of Appeal in *Ha*, when he said that he saw “no policy reason for struggling to constrain the scope of s. 487.01 by adding words that were not expressly included by Parliament in the provision” (para. 37).

[166] I note that Moldaver J. relies on this same paragraph in *Ha* to support the view that investigative goals are to be taken into account in the s. 487.01(1)(c) analysis, suggesting that in this passage MacPherson J.A. adopted an approach which considered “substantive” differences between various techniques (para. 70). Read in full, however, MacPherson J.A.’s reasons do not support that proposition. As I see it, MacPherson J.A. was not “[e]xplaining why the search sanctioned . . . in *Ha* was . . . substantively different from one involving multiple conventional warrants” (Moldaver J., at para. 70). This is clear not only in the portions of the paragraph which I cite above, but also from the way MacPherson J.A. summarizes his conclusion, at para. 41: “The simple fact is that there is no provision . . . that would authorize an unlimited number of covert entries and searches on private property over a two-month period.” In performing the s. 487.01(1)(c) analysis, MacPherson J.A. simply compared the search for which the police sought authorization under a general warrant with other search provisions and concluded that none of them would permit authorization of what the police sought to do.

[167] Similarly, in *R. v. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. v. Ford*), at para. 50, Frankel J.A. for the court stated that “[r]esort to a general warrant is only precluded

accomplir tout acte », pourvu, naturellement, que le juge soit convaincu que l’autorisation sert au mieux l’administration de la justice après avoir accordé l’importance voulue à la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Je souscris entièrement à l’opinion du juge MacPherson, qui rendait le jugement de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Ha*, lorsqu’il écrit qu’il ne voit [TRADUCTION] « aucune raison de principe justifiant que l’on s’acharne à restreindre la portée de l’art. 487.01 en y ajoutant des mots que le législateur n’y a pas expressément employés » (par. 37).

[166] Je constate que le juge Moldaver s’appuie sur le même paragraphe de l’arrêt *Ha* pour affirmer que les objectifs d’enquête interviennent dans l’analyse relative à l’al. 487.01(1)c), sous-entendant que, dans ce passage, le juge MacPherson a adopté une approche qui prend en compte les différences « de fond » entre les diverses techniques (par. 70). Lorsqu’on les considère dans leur intégralité, toutefois, les motifs du juge MacPherson n’appuient pas une telle affirmation. Le juge MacPherson, à mon sens, n’« expliqu[ait] [pas] en quoi la fouille autorisée [. . .] dans l’arrêt *Ha* était différente, sur le plan du fond, d’une fouille nécessitant plusieurs mandats ordinaires » (le juge Moldaver, par. 70). Cela ressort clairement non seulement du passage du paragraphe que j’ai cité précédemment, mais aussi de la façon dont le juge MacPherson résume sa conclusion au par. 41 : [TRADUCTION] « Il n’existe tout simplement aucune disposition [. . .] permettant d’autoriser un nombre illimité d’entrées et de fouilles clandestines dans une propriété privée pour une période de deux mois. » Le juge MacPherson a simplement comparé, dans son analyse relative à l’al. 487.01(1)c), la fouille ou perquisition pour laquelle la police demandait un mandat général avec d’autres dispositions en matière de fouilles et perquisitions, et il a conclu qu’aucune de ces dispositions n’autoriserait ce que la police cherchait à faire.

[167] De la même façon, le juge Frankel, rendant jugement pour la cour dans *R. c. Brand*, 2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443 (*sub nom. R. c. Ford*), par. 50, a déclaré que [TRADUCTION] « [I]e

when judicial approval for the proposed ‘technique, procedure or device or the doing of the thing’ is available under some other federal statutory provision.” There is no hint in his reasons that there is any substantive equivalency or investigative necessity analysis required.

[168] I am reinforced in my reading of s. 487.01(1)(c) by a comparison of that paragraph with s. 186(1)(b) which sets out the investigative necessity requirement that must be met before a wiretap can be issued. According to s. 186(1)(b) an authorization under that section cannot be given unless the judge is satisfied

that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

In *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, the Court established that, under s. 186(1)(b), a judge cannot issue an intercept authorization unless she is satisfied that “practically speaking” there is “no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry” (para. 29 (emphasis deleted)). The standard set by Parliament here is high; it is not enough that an interception would be “more efficacious” than some other available technique, it must be *necessary* to the investigation (*Araujo*, at para. 39).

[169] By contrast, under s. 487.01(1)(c), a judge only needs to be satisfied that the proposed technique cannot be authorized by provisions in the *Code* or some other Act of Parliament. The judge does not, in addition, need to be satisfied that the novel technique is necessary to the investigation or that it is not the substantive equivalent of something that can be authorized elsewhere. Parliament knew how to direct an issuing judge or justice to consider whether other investigative techniques would achieve the investigative objective. It did so in s. 186(1)(b). It did not do so in s. 487.01(1)(c).

recours à un mandat général n’est interdit que lorsque l’autorisation judiciaire de l’“utilisation” proposée ou l’“accomplissement d’un tel acte” pourrait être obtenue aux termes d’une autre disposition législative fédérale. » On ne trouve nulle part dans ses motifs d’indication qu’une analyse de l’équivalence fondamentale ou de la nécessité pour l’enquête est requise.

[168] La comparaison de l’al. 487.01(1)c) avec l’al. 186(1)b), qui énonce l’exigence en matière de nécessité pour l’enquête à laquelle il faut satisfaire pour que l’écoute électronique soit autorisée, me conforte dans mon interprétation. Selon l’al. 186(1)b), l’autorisation visée ne peut être donnée que si le juge est convaincu que

d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête.

Dans *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, la Cour a posé qu’aux termes de l’al. 186(1)b), l’autorisation d’écoute électronique ne peut être accordée que si le juge est convaincu que « [s]ur le plan pratique » il n’existe « aucune autre méthode d’enquête raisonnable, dans les circonstances de l’enquête criminelle considérée » (par. 29 (soulignement omis)). Le législateur a prévu ici une norme élevée; il ne suffit pas que l’interception soit « plus efficace » que d’autres techniques utilisables, elle doit être *nécessaire* à l’enquête (*Araujo*, par. 39).

[169] L’alinéa 487.01(1)c), par contre, exige uniquement que le juge soit convaincu qu’aucune disposition du *Code* ou d’une autre loi fédérale ne peut autoriser la technique envisagée. Il n’a pas à être convaincu en outre que la technique nouvelle est nécessaire à l’enquête ou qu’elle n’est pas équivalente sur le plan du fond à un procédé pouvant être autorisé par une autre disposition. Le législateur savait comment exiger que le juge examine la question de savoir si d’autres techniques d’enquête permettraient d’atteindre le but visé par l’enquête. Il l’a fait à l’al. 186(1)b). Mais il ne l’a pas fait à l’al. 487.01(1)c).

[170] Of course, this does not mean that the court should authorize anything the police seek to do simply because it is not authorized elsewhere. The judicial discretion to issue the warrant must give full effect to the protection of reasonable expectations of privacy as set out in the abundant jurisprudence under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Judges should not exercise their discretion so as to permit the police to use the general warrant to evade the pre-authorization requirements that Parliament has imposed on certain investigative techniques. However, as I will explain, my view is that those concerns should be addressed directly and specifically under s. 487.01(1)(b) when they arise, not by reading in a limitation in s. 487.01(1)(c) that is not there.

[171] To sum up on this point, there is no support in the text or the purpose of s. 487.01(1)(c), or in the jurisprudence, for building into it a “substantive equivalency” test. The paragraph asks a simple question: Does federal legislation provide for “a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done”? Where this threshold is met, the judge is entitled to consider granting the requested authorization. The further question of whether the authorization *ought* to be granted is not the focus of this paragraph of the section. Rather, as I will explain, whether a general warrant ought to issue is properly considered under s. 487.01(1)(b), which asks whether authorizing the warrant would be in the best interests of the administration of justice. Not only, in my view, is this approach supported by the text, purpose and jurisprudence. The alternative proposed by Moldaver J. also creates unnecessary uncertainty and distracts the issuing judge from the question of whether the technique sought to be authorized is inconsistent with the right to be free from unreasonable searches and seizures.

[172] I turn first to my concern about uncertainty. In my view, predictability and clarity in the law are

[170] Évidemment, cela ne veut pas dire qu’un juge devrait autoriser tout ce que la police cherche à faire simplement parce que l’autorisation n’est pas prévue par un autre texte législatif. Son pouvoir discrétionnaire de décerner le mandat doit s’exercer en donnant pleinement effet à la protection des attentes raisonnables en matière de vie privée, comme l’établit l’abondante jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge ne doit pas permettre à la police de recourir au mandat général pour échapper aux exigences en matière d’autorisation préalable que le législateur a imposées à l’égard de certaines techniques d’enquête. Ainsi que je vais l’expliquer, toutefois, j’estime que, lorsque la question surgit, elle relève directement et expressément de l’al. 487.01(1)(b), non de l’al. 487.01(1)(c) auquel on aurait ajouté par interprétation une restriction qui n’y est pas prévue.

[171] Pour résumer ce point, l’inclusion à l’al. 487.01(1)(c) d’un critère de « l’équivalent sur le plan du fond » n’est étayée ni par le texte de cette disposition, ni par son objet, ni par la jurisprudence. La question posée par cet alinéa est simple : Est-ce qu’une loi fédérale prévoit « un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l’accomplissement d’un tel acte »? Lorsque cette condition préalable est respectée, le juge peut envisager d’accorder l’autorisation demandée. La question de savoir *s’il y a lieu* d’accorder l’autorisation demandée ne relève pas de cet alinéa. Ainsi que je l’expliquerai, pour déterminer *s’il y a lieu* de décerner un mandat général, il faut plutôt se tourner vers l’al. 487.01(1)(b), lequel pose la question de savoir si la délivrance du mandat général servirait au mieux l’administration de la justice. J’estime que le texte et l’objet de la disposition de même que la jurisprudence étayant une telle approche, alors que celle que propose le juge Moldaver engendre aussi une incertitude inutile et détourne le juge de la question de la compatibilité de la technique visée par la demande d’autorisation avec le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

[172] Abordons en premier lieu la question de l’incertitude. J’estime que la prévisibilité et la

particularly important in the area of judicial pre-authorization of searches. Judicial pre-authorization is a cornerstone of the *Charter's* protection against unreasonable searches and seizures. The primary objective of pre-authorization is not to identify unreasonable searches after the fact, but to ensure that unreasonable searches are not conducted. The requirements for pre-authorization should be as clear as possible to ensure that *Charter* rights are fully protected.

[173] Clarity also serves an important practical objective. Generally, and unlike in this case, challenges to judicial pre-authorization of searches are made after the fact at trial. If successful, the admissibility of the evidence obtained under the authorized search is put at risk. The police cannot undo, after the fact, that during their investigation, they relied on what is ultimately found to be a defective authorization. This makes it of great practical importance for the law to be clear to judges and justices who are asked to authorize searches and to police officers who seek authorization.

[174] The approach adopted by my colleague Moldaver J. in my view is seriously deficient in this regard. No guidance is provided as to when one investigative technique should be found to be substantively the same as another and when the differences are merely technical. As I will discuss in the next section of my reasons, this uncertainty is apparent from my colleague's application of the "substantive equivalency" test in this case.

[175] Moreover, my view is that adopting this approach to s. 487.01(1)(c) will not assist issuing judges in giving effect to the constitutional guarantee of freedom from unreasonable searches and seizures. That issue should be addressed directly under s. 487.01(1)(b), not through a vague, unnecessary and largely semantic exercise of comparing how much one technique may be like another. As I shall discuss, even when that question is addressed directly in this case, the arguments

clarté du droit revêtent une importance particulière en matière d'autorisation judiciaire préalable de fouilles et de perquisitions. L'autorisation judiciaire préalable est un pilier de la protection garantie par la *Charte* contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. L'autorisation préalable n'a pas pour but premier de détecter après le fait des fouilles ou perquisitions abusives, mais d'en prévenir l'existence. Les exigences en matière d'autorisation préalable doivent être aussi claires que possible pour assurer l'entière protection du droit garanti par la *Charte*.

[173] La clarté sert également un important objectif pratique. Contrairement à ce qui s'est produit en l'espèce, la contestation de l'autorisation préalable intervient généralement après le fait, lors du procès. Si elle est accueillie, elle compromet l'admissibilité de la preuve obtenue grâce à la fouille ou la perquisition autorisée. La police ne peut remédier après le fait à l'utilisation d'un procédé d'enquête dont l'autorisation est par la suite jugée viciée. C'est pourquoi la clarté du droit revêt une grande importance pratique pour les juges et juges de paix appelés à autoriser des fouilles ou perquisitions et pour les policiers qui demandent ces autorisations.

[174] Je vois de sérieuses lacunes à cet égard dans l'interprétation retenue par mon collègue le juge Moldaver. Celle-ci ne permet pas de déterminer quand une technique d'enquête équivaut fondamentalement à une autre et quand les différences touchent simplement la forme. Comme il en sera question dans la section suivante de mes motifs, l'application que fait mon collègue du critère de l'« équivalent sur le plan du fond » en l'espèce illustre cette incertitude.

[175] J'estime en outre que cette interprétation de l'al. 487.01(1)c) n'aidera pas les juges saisis de demandes d'autorisation à donner effet à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par la Constitution. Cette question doit s'examiner directement en fonction de l'al. 487.01(1)b), non par l'appréciation du degré de ressemblance entre deux techniques au moyen d'un exercice comparatif vague, inutile et en grande partie sémantique. Comme je l'exposerai,

against issuing the general warrant are, in my respectful view, unconvincing.

2. The “Substantive Equivalency” of the Proposed Technique and an Interception

[176] Even if I were to accept (which I do not) that s. 487.01(1)(c) is concerned with the substantive equivalency of various investigative techniques, I would not find the technique sought to be authorized here to be the substantive equivalent of a wiretap authorization. According to my colleague Moldaver J., the general warrant in this case authorized a technique that was in substance an interception “because it *prospectively* authorizes police access to *future* private communications on a *continual* basis over a sustained period of time. . . . But for the 24-hour time delay, the investigative techniques were the same” (paras. 61 and 68 (emphasis in original)).

[177] Respectfully, this assertion is not borne out by the facts nor consistent with the law.

[178] Turning first to the facts, a wiretap authorization alone would not allow the police to obtain the information that Telus was required to provide under the general warrant. In fact, as the evidence from Telus shows, three separate authorizations would be required in order to provide the police with the means to access the information provided to them under the general warrant. As I explained above, when Telus responds to a wiretap authorization, it installs a device which re-routes in real time a copy of each text message sent to and from a particular number to the police. The general warrant in this case requires Telus to do more: it has to sort through its databases to deliver stored text messages and it also has to provide the relevant subscriber information relating to them.

même lorsqu’on aborde directement la question en l’espèce, les arguments invoqués à l’encontre de l’autorisation du mandat général, à mon humble avis, ne convainquent pas.

2. La technique proposée est-elle « l’équivalent sur le plan du fond » de l’interception?

[176] Même si j’admettais (et ce n’est pas le cas) que l’al. 487.01(1)c comporte une idée d’équivalence fondamentale de diverses techniques d’enquête, je ne conclurais pas que la technique visée par la demande d’autorisation en l’espèce équivaut fondamentalement à l’autorisation d’écoute électronique. Mon collègue le juge Moldaver est d’avis que le mandat général autorisait en l’espèce une technique constituant au fond une interception « car il permet *prospectivement* à la police d’accéder à des communications privées *futures* de façon *continue* pendant une période prolongée » et que, « [a]bstraction faite du délai de 24 heures, les techniques d’enquête étaient les mêmes » (par. 61 et 68 (en italique dans l’original)).

[177] J’estime avec égards que cette affirmation n’est ni étayée par les faits ni conforme au droit.

[178] S’agissant d’abord des faits, l’autorisation d’écoute électronique seule ne permettrait pas à la police d’obtenir les renseignements que Telus devait fournir en exécution du mandat général. D’ailleurs, la preuve soumise par Telus montre qu’il faudrait trois autorisations distinctes pour que la police ait accès à l’information qu’elle recevrait grâce au mandat général. Comme je l’ai expliqué précédemment, lorsque Telus donne suite à une autorisation d’écoute électronique, elle installe un dispositif qui réachemine en temps réel à la police une copie de tout message texte envoyé ou reçu par un numéro particulier. En l’espèce, le mandat général obligeait Telus à faire plus : elle devait extraire de ses bases de données des messages textes qui y étaient stockés et fournir, avec eux, les renseignements relatifs à l’abonné qui s’y rapportaient.

[179] In her affidavit filed before the reviewing judge, Corinne McNish, a Telus Security Analyst, indicated that three different authorizations would be necessary to obtain the information required under the general warrant: an authorization under s. 492.2(1) for a dial number recorder; an authorization under s. 492.2(2) to obtain telephone records; and a Part VI authorization. I would add that, in order to make use of a Part VI authorization, police would have to secure a wire room or listening post to receive the messages as well as officers to process the incoming information, to deal with the information obtained from the dial number recorder and to sort through the telephone records.

[180] In light of Telus's own evidence, then, it seems to me to be quite a stretch to assert that the investigative techniques were substantively the same.

[181] Notwithstanding these clear and significant differences between the two techniques, my colleague relies heavily on two facts in concluding that the techniques were substantively the same: the fact that there was only a 24-hour time delay in the police gaining access to the information under the general warrant and that the general warrant authorized the turning over of the stored messages "prospectively". As I see it, the first fact is not correct and the second does not support the conclusion drawn from it.

[182] Turning first to the time delay, my colleague finds that the time delay between when the messages were sent and when they were to be received by police was short enough that their production would constitute the substantive equivalent of an interception. While Moldaver J. declines to identify the point at which the period of delay would render the proposed technique substantively different from an interception, he concludes that "the 24-hour gap here fell short of the mark" (footnote 2). Respectfully, I cannot agree for two reasons.

[179] Dans l'affidavit qu'elle a déposé devant le juge siégeant en révision, une analyste en sécurité chez Telus, Corinne McNish a indiqué que trois autorisations différentes seraient nécessaires pour obtenir les renseignements demandés en vertu du mandat général : une autorisation prévue au par. 492.2(1) pour placer un téléphone sous enregistreur de numéros, une autorisation prévue au par. 492.2(2) pour obtenir des registres de téléphone, et une autorisation visée à la partie VI. J'ajouterais que, pour tirer parti d'une autorisation relevant de la partie VI, la police doit disposer d'une salle ou d'un poste d'écoute pour la réception des messages et affecter des agents au traitement de l'information entrante, au traitement des renseignements obtenus de l'enregistreur de numéros de téléphone et à l'examen des registres de téléphone.

[180] Compte tenu de la preuve soumise par Telus elle-même, il me semble plutôt exagéré d'affirmer que les techniques d'enquête étaient fondamentalement les mêmes.

[181] En dépit de ces différences claires et importantes entre les deux techniques, mon collègue conclut à leur équivalence fondamentale en s'appuyant largement sur deux faits : le fait qu'en vertu du mandat général, l'accès de la police aux renseignements n'était décalé que de 24 heures, et le fait que le mandat général autorisait « prospectivement » la transmission des messages stockés. Selon moi, le premier fait est inexact, et le second n'étaye pas la conclusion qui en est tirée.

[182] Pour ce qui est du délai, mon collègue estime que le temps écoulé entre le moment où les messages étaient envoyés et celui où la police devait les recevoir était si court que leur communication équivalait, sur le plan du fond, à une interception. Bien qu'il se refuse à indiquer combien de temps devrait s'écouler avant que la technique se différencie, sur le plan du fond, d'une interception, il conclut que « l'intervalle de 24 heures en l'espèce était insuffisant » (note de bas de page 2). Je ne suis pas d'accord avec lui pour deux raisons.

[183] First, as the general warrant itself makes clear, some of the messages that police were to receive would be delayed by 72 hours, not 24. The productions ordered under the general warrant were to begin on March 30, 2010, and end on April 16, 2010. On Tuesday March 30, Telus was to produce information from March 18 to March 30, and the Crown concedes that this could have been obtained by a production order and therefore could not be the subject of a general warrant. Applied over the next two and a half weeks, the general warrant created two different time gaps, as I described earlier. On Tuesday through Friday, Telus was required to provide by 2:00 p.m. each day the messages sent and received between 11:00 a.m. the previous day and 11:00 a.m. that day. However, on weekends, there was a longer “gap”. By 2:00 p.m. on Mondays, Telus was required to provide the messages stored between 11:00 a.m. the previous Friday and 11:00 a.m. on Monday. Thus, for twelve days, production was daily. However, on weekends, or for six days covered by the general warrant, there was a longer “gap” of 72 hours. The question therefore arises whether that 72-hour delay also “fell short of the mark” and if not, whether police would need different authorizations for the messages they received on Mondays than they would for the messages they received on the other days of the week.

[184] Second, because I agree with the reviewing judge that police could have obtained a series of daily production orders, I have difficulty accepting that the 24-hour “gap” on which Moldaver J. relies makes the general warrant substantively equivalent to an interception. A series of daily production orders would have provided police with copies of the text messages within 24 hours of the time that they were sent. On my colleague’s understanding of what is substantively an interception, then, some production orders could also be the equivalent of interceptions. This, as I see it, underlines the confusion and uncertainty inherent in the substantive equivalency approach to s. 487.01(1)(c).

[183] Premièrement, comme le mandat général lui-même l’indique clairement, la réception de certains messages qui devaient être remis à la police pouvait être décalée de 72 heures, non de 24 heures. La communication ordonnée par le mandat général devait débiter le 30 mars 2010 et prendre fin le 16 avril de la même année. Le mardi 30 mars, Telus devait communiquer les renseignements se rapportant à la période du 18 au 30 mars, et le ministre public reconnaît que ces renseignements, qui pouvaient s’obtenir au moyen d’une ordonnance de communication, ne pouvaient faire l’objet d’un mandat général. Relativement aux deux semaines et demie subséquentes, le mandat général créait deux intervalles différents, ainsi que je l’ai déjà indiqué. Du mardi au vendredi, Telus devait fournir chaque jour, à 14 h au plus tard, les messages envoyés et reçus entre 11 h la veille et 11 h le jour en cause. Pendant les week-ends, toutefois, l’« intervalle » s’allongeait; les lundis, Telus devait fournir à 14 h au plus tard les messages stockés entre 11 h le vendredi précédent et 11 h le lundi. Ainsi, il y a eu 12 jours où la communication a été quotidienne, mais pour les six jours visés par le mandat général qui tombaient pendant un week-end, l’« intervalle » passait à 72 heures. Il faut donc se demander si ce délai de 72 heures « était insuffisant » lui aussi et, s’il ne l’était pas, si la police aurait eu besoin d’autorisations différentes pour les messages qu’elle recevait le lundi et pour ceux qu’elle recevait les autres jours de la semaine.

[184] Deuxièmement, parce que je partage l’avis du juge siégeant en révision selon lequel la police aurait pu obtenir une série d’ordonnances de communication quotidiennes, il m’est difficile d’accepter que l’« intervalle » de 24 heures sur lequel s’appuie le juge Moldaver fait du mandat général l’équivalent, sur le plan du fond, d’une interception. Une telle série d’ordonnances aurait fourni à la police des copies des messages textes dans les 24 heures suivant leur envoi. Compte tenu de ce qui est, sur le plan du fond, une interception, selon mon collègue, certaines ordonnances de communication pourraient donc équivaloir elles aussi à des interceptions. Cela fait ressortir, selon moi, la confusion et l’incertitude inhérentes à l’application du concept d’équivalence à l’al. 487.01(1)c) sur le plan du fond.

[185] The second fact advanced in support of the finding of substantive equivalency is that the authorization is “prospective”. As I pointed out earlier, however, it is hard to understand how exactly the same technique either is or is not equivalent to an interception, depending on the point in time that it is authorized. If we accept for the purposes of this appeal, which I do, that the police could lawfully obtain daily production orders, I simply cannot understand how authorizing that technique two weeks earlier converts the production order into a wiretap authorization.

[186] Finally, the conclusion of substantive equivalency is inconsistent with the text and scheme of the wiretap provisions themselves. As I have explained at length earlier, the act of disclosure of previously intercepted private communication has been identified and treated in the *Code* as a separate and distinct act from that of interception itself. With respect, I cannot accept that what Parliament has made a legally significant distinction is merely a technical difference.

[187] To sum up, even if one were to accept reading into s. 487.01(1)(c) a “substantive equivalency” test, neither the facts nor the law would support its application in this case, in my respectful view.

[188] This also underlines, as I see it, the confusion and uncertainty that would flow from adopting such a test. My colleague provides no meaningful guidance on this point aside from a 24-hour “gap” guideline. The latter is problematic, however, because it conflicts with the availability of daily production orders under s. 487.012. In my view, issuing judges and police investigators should not be left to draw the line on their own and then to hope, with little reason for optimism, that they will be found to have been right after a *voir dire* at a future trial.

[185] Le deuxième fait sur lequel repose la conclusion d'équivalence sur le plan du fond est la nature « prospective » de l'autorisation. Comme je l'ai déjà indiqué, toutefois, on comprend difficilement de quelle façon, exactement, une même technique peut ou non équivaloir à une interception selon le moment où elle est autorisée. Si, pour les besoins du présent pourvoi, nous reconnaissons — ce que je fais — que la police pouvait légalement obtenir des ordonnances quotidiennes de communication, il est tout simplement incompréhensible que le fait d'autoriser cette technique deux semaines plus tôt convertisse l'ordonnance de communication en une autorisation d'écoute électronique.

[186] Enfin, la conclusion d'équivalence sur le plan du fond est incompatible avec le texte des dispositions relatives à l'écoute électronique et le régime qu'elles établissent. Comme je l'ai déjà expliqué en détail, la divulgation de communications privées déjà interceptées est considérée et traitée, au *Code*, comme un acte distinct de l'interception elle-même. Je ne puis donc voir une simple différence de forme dans une distinction à laquelle le législateur a attaché valeur juridique.

[187] En résumé, je suis d'avis que, même si l'on acceptait l'ajout par interprétation, à l'al. 487.01(1)c), d'un critère de « l'équivalent sur le plan du fond », ni les faits ni le droit n'étaient son application en l'espèce.

[188] Cela souligne aussi, selon moi, la confusion et l'incertitude qu'engendrerait l'adoption d'un tel critère. Mon collègue ne fournit aucune indication utile sur ce point, exception faite de celle qui concerne l'« intervalle » de 24 heures, qui est d'ailleurs problématique parce qu'elle entre en conflit avec la possibilité d'obtenir des ordonnances quotidiennes de communication en vertu de l'art. 487.012. À mon avis, il ne faut pas laisser aux juges saisis de demandes d'autorisation et aux enquêteurs de la police le soin de tirer eux-mêmes la ligne en espérant, sans avoir beaucoup de motifs d'optimisme, qu'à l'issue d'un voir-dire on leur donnera raison au procès.

3. Dealing With Abuses of General Warrants

[189] This brings us to the real heart of the matter: whether the general warrant should not have been issued because it represents, as my colleague would have it, a “misuse” of s. 487.01, an “easy way out”, or a “convenient way”, “device” or “hook”, that allows the police to “escape the rigours” of Part VI (paras. 72, 81, 90 and 105). As I read Moldaver J.’s reasons, the proposed interpretation of s. 487.01(1)(c) is driven by a need to preclude abuses of the general warrant power. I accept that judges asked to issue general warrants must be vigilant to ensure that the right to be free against unreasonable searches and seizures is fully given effect by any investigative technique that is authorized. However, my view is that this analysis should be undertaken directly under s. 487.01(1)(b), not through the lens of asking the question of whether two techniques are substantively equivalent.

[190] As MacPherson J.A. wisely pointed out in *Ha*, the “no other provision” requirement in s. 487.01(1)(c) is not the only requirement that must be met before a general warrant may be issued (para. 44). The section should not be approached on the assumption that Parliament intended that every investigative technique not authorized elsewhere could be authorized under s. 487.01(1): see, e.g., S. Coughlan, “*R. v. Ha: Upholding General Warrants without Asking the Right Questions*” (2009), 65 C.R. (6th) 41. Rather, the judge asked to issue the warrant must also be satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to authorize the particular technique (s. 487.01(1)(b)). This is the provision under which potential abuses of the general warrant should be addressed, in my view. Of course, even where the requirements in s. 487.01(1)(b) and (c) are met, s. 487.01(3) requires that a general warrant contain “such terms and conditions as the judge considers advisable to ensure that any search or seizure authorized by the warrant is reasonable in the circumstances”.

3. Le recours abusif au mandat général

[189] Nous en arrivons au véritable nœud de la question : Fallait-il refuser de décerner le mandat général parce qu’il constituait, comme le laisse entendre mon collègue, un « recours abusif » à l’art. 487.01, une « solution facile », une « façon commode », un « moyen », ou un « moyen détourné » qui permet à la police « de contourner les exigences » de la partie VI (par. 72, 81, 90 et 105)? D’après ce que je comprends des motifs du juge Moldaver, il arrive à cette interprétation de l’al. 487.01(1)c) en raison de la nécessité d’empêcher l’exercice abusif du pouvoir de décerner un mandat général. J’admets que le juge saisi d’une demande de mandat général doit veiller à ce que toute technique d’enquête autorisée respecte entièrement le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Toutefois, j’estime que cette analyse doit relever directement de l’al. 487.01(1)b), et non passer par le prisme d’une interrogation sur l’équivalence de deux techniques sur le plan du fond.

[190] Comme le juge MacPherson l’a judicieusement fait remarquer dans *Ha*, la condition énoncée à l’al. 487.01(1)c) qu’il n’y ait « aucune disposition » n’est pas la seule qui doit être respectée pour qu’un mandat général soit décerné (par. 44). Il ne faut pas aborder cet article en supposant que le législateur voulait que chaque technique d’enquête non autorisée ailleurs puisse être autorisée en vertu du par. 487.01(1) : voir, p. ex., S. Coughlan, « *R. v. Ha : Upholding General Warrants without Asking the Right Questions* » (2009), 65 C.R. (6th) 41. Il faut plutôt que le juge saisi de la demande de mandat soit également convaincu que l’autorisation de la technique en cause sert au mieux l’administration de la justice (al. 487.01(1)b)). Selon moi, c’est sous l’autorité de cette disposition que s’examine la question des recours potentiellement abusifs au mandat général. Naturellement, même lorsque les conditions énoncées aux al. 487.01(1)b) et c) sont respectées, il faut, conformément au par. 487.01(3), que le mandat général énonce « les modalités que le juge estime opportunes pour que la fouille, la perquisition ou la saisie soit raisonnable dans les circonstances ».

[191] Section 487.01(1)(b) was not raised in this appeal and I do not want to say much about it beyond my view that it is the place in s. 487.01 that addresses concerns about whether a new investigative technique is one that should be authorized. That said, I do not find Moldaver J.'s concerns raised under the rubric of the proposed "substantive equivalency" test at all compelling.

[192] First, I would not conclude that police sought a general warrant in this case as a "convenient way" to avoid the rigours of Part VI. Of course, there is no evidence of that. Second, I do not agree with the claim that the privacy interests at stake in this case are exactly the same as those in issue where a wiretap authorization is sought. The reviewing judge accepted, and I agree, that warrants could issue daily to provide the police with copies of the stored messages. I fail to see how the affected privacy interests are different if permission to do that is granted two weeks in advance. Third, for all of the reasons identified by the reviewing judge, the general warrant was a more practical approach than a series of production orders. Fourth, the general warrant authorized a technique that was not only different from an interception but was also more responsive to the needs of police. In particular, it significantly reduced the burden on the police in terms of resources to staff a wire room, and to extract information from subscriber records and dial number recorders. As I see it, the general warrant achieved the legitimate aims of the police investigation in a much more convenient and cost-effective manner than any other provision would have allowed.

[193] Of course, the general warrant had the effect of shifting costs to Telus. But that has nothing to do with the privacy interests of the subscribers.

[191] L'alinéa 487.01(1)(b) n'a pas été invoqué dans le présent pourvoi et je ne veux pas le commenter longuement, sauf pour dire qu'il s'agit, à mon avis, de la partie de l'art. 487.01 qui permet d'aborder les préoccupations liées à l'opportunité d'autoriser une nouvelle technique d'enquête. Cela dit, j'estime que les préoccupations évoquées par le juge Moldaver lorsqu'il propose le critère de l'« équivalent sur le plan du fond » ne sont pas du tout convaincantes.

[192] Premièrement, je ne suis pas prêt à conclure que la demande de la police visant à obtenir un mandat général en l'espèce était une « façon commode » de contourner les exigences de la partie VI. Bien entendu, cela n'a pas été prouvé. Deuxièmement, je ne souscris pas à l'affirmation que les droits à la vie privée qui sont en jeu en l'espèce et lors d'une demande d'autorisation d'écoute électronique sont exactement les mêmes. Le juge siégeant en révision a estimé que des ordonnances de communication quotidiennes pouvaient être accordées pour permettre à la police d'obtenir des copies de messages stockés, et je suis d'accord avec lui. Je ne vois pas comment les droits au respect de la vie privée en cause diffèrent si l'autorisation de procéder ainsi est donnée deux semaines à l'avance. Troisièmement, pour tous les motifs formulés par le juge siégeant en révision, il était plus pratique de recourir au mandat général que de demander une série d'ordonnances de communication. Quatrièmement, le mandat général a autorisé une technique qui, outre qu'elle différait d'une interception, répondait mieux aux besoins de la police. Plus particulièrement, elle était beaucoup moins onéreuse en termes de ressources policières, du fait qu'elle n'obligeait pas la police à affecter du personnel à une salle d'écoute et à extraire les renseignements des registres d'abonnés et des enregistreurs de numéros. À mon avis, le mandat général permettait l'atteinte des objectifs légitimes de l'enquête policière de façon beaucoup plus pratique et économique que ce qui aurait pu être autorisé en vertu de toute autre disposition.

[193] Bien sûr, le mandat général avait pour effet de transférer les coûts à Telus. Cependant, cela n'a rien à voir avec le droit à la vie privée des

Moreover, Telus advanced evidence and argument in relation to the burden the general warrant placed on it, but those submissions were flatly rejected by the reviewing judge and not renewed in this Court.

[194] On the record before us, I do not see evidence of “misuse” of s. 487.01 or an attempt by police to “escape the rigours” of Part VI. What I see is effective and practical police investigation by a relatively small municipal police force which is fully respectful of the privacy interests of the targets of the investigation and other Telus subscribers.

C. Conclusion

[195] For these reasons, I find that the general warrant did not authorize an interception requiring a Part VI wiretap authorization and that the “no other provision” requirement of s. 487.01(1)(c) was met.

IV. Disposition

[196] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

PART VI

INVASION OF PRIVACY

183. In this Part,

. . .

“intercept” includes listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof;

. . .

abonnés. Qui plus est, le juge siégeant en révision a catégoriquement rejeté la preuve et les arguments de Telus se rapportant au fardeau que le mandat général lui imposait, et Telus ne les a pas présentés devant nous.

[194] Dans le dossier qui nous a été soumis, je ne vois pas de preuve de « recours abusif » à l’art. 487.01 ou de tentative par la police de « contourner les exigences » de la partie VI. Je constate plutôt qu’un service de police municipal de taille plutôt réduite a mené une enquête de façon efficace et pratique, en respectant pleinement le droit à la vie privée des personnes visées par l’enquête ainsi que des autres abonnés de Telus.

C. Conclusion

[195] Pour ces motifs, je suis d’avis que le mandat général n’a pas autorisé une interception nécessitant une autorisation d’écoute électronique sous le régime de la partie VI et que la condition qu’il n’y ait « aucune disposition », énoncée à l’al. 487.01(1)c), a été respectée.

IV. Dispositif

[196] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

PARTIE VI

ATTEINTES À LA VIE PRIVÉE

183. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

. . .

« communication privée » Communication orale ou télécommunication dont l’auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s’y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition

“private communication” means any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it;

184. (1) Every one who, by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or pursuant to section 184.4 or any person who in good faith aids in any way another person who the aiding person believes on reasonable grounds is acting with an authorization or pursuant to section 184.4;

(c) a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

(i) if the interception is necessary for the purpose of providing the service,

(ii) in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

(iii) if the interception is necessary to protect the person’s rights or property directly related to providing the service;

visé également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d’empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine.

« intercepter » S’entend notamment du fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet.

184. (1) Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux personnes suivantes :

a) une personne qui a obtenu, de l’auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l’interception;

b) une personne qui intercepte une communication privée en conformité avec une autorisation ou en vertu de l’article 184.4, ou une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu’elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, agir en conformité avec une telle autorisation ou en vertu de cet article;

c) une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres et qui intercepte une communication privée dans l’un ou l’autre des cas suivants :

(i) cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

(ii) à l’occasion de la surveillance du service ou d’un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service,

(iii) cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d’un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres;

(d) an officer or servant of Her Majesty in right of Canada who engages in radio frequency spectrum management, in respect of a private communication intercepted by that officer or servant for the purpose of identifying, isolating or preventing an unauthorized or interfering use of a frequency or of a transmission; or

(e) a person, or any person acting on their behalf, in possession or control of a computer system, as defined in subsection 342.1(2), who intercepts a private communication originating from, directed to or transmitting through that computer system, if the interception is reasonably necessary for

(i) managing the quality of service of the computer system as it relates to performance factors such as the responsiveness and capacity of the system as well as the integrity and availability of the system and data, or

(ii) protecting the computer system against any act that would be an offence under subsection 342.1(1) or 430(1.1).

(3) A private communication intercepted by a person referred to in paragraph (2)(e) can be used or retained only if

(a) it is essential to identify, isolate or prevent harm to the computer system; or

(b) it is to be disclosed in circumstances referred to in subsection 193(2).

. . .

185. (1) An application for an authorization to be given under section 186 shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by

(a) the Minister personally or the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness personally, if the offence under investigation is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, or

d) un fonctionnaire ou un préposé de Sa Majesté du chef du Canada chargé de la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication, pour une communication privée qu'il a interceptée en vue d'identifier, d'isoler ou d'empêcher l'utilisation non autorisée ou importune d'une fréquence ou d'une transmission;

e) une personne — ou toute personne agissant pour son compte — qui, étant en possession ou responsable d'un ordinateur — au sens du paragraphe 342.1(2) —, intercepte des communications privées qui sont destinées à celui-ci, en proviennent ou passent par lui, si l'interception est raisonnablement nécessaire :

(i) soit pour la gestion de la qualité du service de l'ordinateur en ce qui concerne les facteurs de qualité tels que la réactivité et la capacité de l'ordinateur ainsi que l'intégrité et la disponibilité de celui-ci et des données,

(ii) soit pour la protection de l'ordinateur contre tout acte qui constituerait une infraction aux paragraphes 342.1(1) ou 430(1.1).

(3) La communication privée interceptée par la personne visée à l'alinéa (2)e ne peut être utilisée ou conservée que si, selon le cas :

a) elle est essentielle pour détecter, isoler ou empêcher des activités dommageables pour l'ordinateur;

b) elle sera divulguée dans un cas visé au paragraphe 193(2).

. . .

185. (1) Pour l'obtention d'une autorisation visée à l'article 186, une demande est présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge au sens de l'article 552, et est signée par le procureur général de la province ou par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou par un mandataire spécialement désigné par écrit pour l'application du présent article par :

a) le ministre lui-même ou le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile lui-même, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant, être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom;

(b) the Attorney General of a province personally or the Deputy Attorney General of a province personally, in any other case,

b) le procureur général d’une province lui-même ou le sous-procureur général d’une province lui-même, dans les autres cas;

and shall be accompanied by an affidavit, which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters:

il doit y être joint un affidavit d’un agent de la paix ou d’un fonctionnaire public pouvant être fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit :

(c) the facts relied on to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence,

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu’à son avis il y a lieu d’accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l’infraction;

(d) the type of private communication proposed to be intercepted,

d) le genre de communication privée que l’on se propose d’intercepter;

(e) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used,

e) les noms, adresses et professions, s’ils sont connus, de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu’on a des motifs raisonnables de croire que cette interception pourra être utile à l’enquête relative à l’infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s’il est connu, où l’on se propose d’intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

. . .

. . .

(h) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

h) si d’autres méthodes d’enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l’urgence de l’affaire, il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête.

. . .

. . .

186. (1) An authorization under this section may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

186. (1) Une autorisation visée au présent article peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que :

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

a) d’une part, l’octroi de cette autorisation servirait au mieux l’administration de la justice;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

b) d’autre part, d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l’urgence de l’affaire est telle qu’il ne serait pas pratique de mener l’enquête relative à l’infraction en n’utilisant que les autres méthodes d’enquête.

. . .

. . .

(4) An authorization shall

(a) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;

(b) state the type of private communication that may be intercepted;

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

(d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and

(e) be valid for the period, not exceeding sixty days, set out therein.

. . . .

193. (1) Where a private communication has been intercepted by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device without the consent, express or implied, of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, every one who, without the express consent of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, wilfully

(a) uses or discloses the private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof, or

(b) discloses the existence thereof,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(a) in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil or criminal proceedings or in

(4) Une autorisation doit :

a) indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;

b) indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées et donner une description générale du lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public;

e) être valide pour la période maximale de soixante jours qui y est indiquée.

. . . .

193. (1) Lorsqu'une communication privée a été interceptée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque, selon le cas :

a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci;

b) en divulgue volontairement l'existence,

sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée :

a) au cours ou aux fins d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres

any other proceedings in which the person may be required to give evidence on oath;

(b) in the course of or for the purpose of any criminal investigation if the private communication was lawfully intercepted;

(c) in giving notice under section 189 or furnishing further particulars pursuant to an order under section 190;

(d) in the course of the operation of

(i) a telephone, telegraph or other communication service to the public,

(ii) a department or an agency of the Government of Canada, or

(iii) services relating to the management or protection of a computer system, as defined in subsection 342.1(2),

if the disclosure is necessarily incidental to an interception described in paragraph 184(2)(c), (d) or (e);

(e) where disclosure is made to a peace officer or prosecutor in Canada or to a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences and is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere; or

(f) where the disclosure is made to the Director of the Canadian Security Intelligence Service or to an employee of the Service for the purpose of enabling the Service to perform its duties and functions under section 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

procédures dans lesquelles elle peut être requise de déposer sous serment;

b) au cours ou aux fins d'une enquête en matière pénale, si la communication privée a été interceptée légalement;

c) en donnant le préavis visé à l'article 189 ou en fournissant des détails complémentaires en application d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 190;

d) au cours de l'exploitation :

(i) soit d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres à l'usage du public,

(ii) soit d'un ministère ou organisme du gouvernement du Canada,

(iii) soit d'un service de gestion ou de protection d'un ordinateur — au sens du paragraphe 342.1(2) —,

si la divulgation est nécessairement accessoire à une interception visée aux alinéas 184(2)c), d) ou e);

e) lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix ou à un poursuivant au Canada ou à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions et vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs;

f) lorsque la divulgation est faite au directeur du Service canadien du renseignement de sécurité ou à un employé du Service et vise à permettre au Service d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

PART XV

SPECIAL PROCEDURE AND POWERS

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

PARTIE XV

PROCÉDURE ET POUVOIRS SPÉCIAUX

487. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas :

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence, or will reveal the whereabouts of a person who is believed to have committed an offence, against this Act or any other Act of Parliament,

(c) anything that there are reasonable grounds to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant, or

(c.1) any offence-related property,

may at any time issue a warrant authorizing a peace officer or a public officer who has been appointed or designated to administer or enforce a federal or provincial law and whose duties include the enforcement of this Act or any other Act of Parliament and who is named in the warrant

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 489.1.

(2) If the building, receptacle or place is in another territorial division, the justice may issue the warrant with any modifications that the circumstances require, and it may be executed in the other territorial division after it has been endorsed, in Form 28, by a justice who has jurisdiction in that territorial division. The endorsement may be made on the original of the warrant or on a copy of the warrant transmitted by any means of telecommunication.

(2.1) A person authorized under this section to search a computer system in a building or place for data may

(a) use or cause to be used any computer system at the building or place to search any data contained in or available to the computer system;

a) une chose à l'égard de laquelle une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale, a été commise ou est présumée avoir été commise;

b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction ou révélera l'endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;

c) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat;

c.1) un bien infractionnel,

peut à tout moment décerner un mandat autorisant un agent de la paix ou, dans le cas d'un fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale, celui qui y est nommé :

d) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;

e) d'autre part, sous réserve de toute autre loi fédérale, dans les plus brefs délais possible, à transporter la chose devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 489.1.

(2) Lorsque le bâtiment, contenant ou lieu est situé dans une autre circonscription territoriale, le juge de paix peut délivrer son mandat dans la même forme, modifiée selon les circonstances, et celui-ci peut être exécuté dans l'autre circonscription territoriale après avoir été visé, selon la formule 28, par un juge de paix ayant juridiction dans cette circonscription; le visa est apposé sur l'original du mandat ou sur une copie transmise à l'aide d'un moyen de télécommunication.

(2.1) La personne autorisée à perquisitionner des données contenues dans un ordinateur se trouvant dans un lieu ou un bâtiment peut :

a) utiliser ou faire utiliser tout ordinateur s'y trouvant pour vérifier les données que celui-ci contient ou auxquelles il donne accès;

(b) reproduce or cause to be reproduced any data in the form of a print-out or other intelligible output;

(c) seize the print-out or other output for examination or copying; and

(d) use or cause to be used any copying equipment at the place to make copies of the data.

. . .

487.01 (1) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

. . .

(3) A warrant issued under subsection (1) shall contain such terms and conditions as the judge considers advisable to ensure that any search or seizure authorized by the warrant is reasonable in the circumstances.

. . .

(5.1) A warrant issued under subsection (1) that authorizes a peace officer to enter and search a place covertly shall require, as part of the terms and conditions referred to in subsection (3), that notice of the entry and search be given within any time after the execution of the warrant that the judge considers reasonable in the circumstances.

b) reproduire ou faire reproduire des données sous forme d'imprimé ou toute autre forme intelligible;

c) saisir tout imprimé ou sortie de données pour examen ou reproduction;

d) utiliser ou faire utiliser le matériel s'y trouvant pour reproduire des données.

. . .

487.01 (1) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

c) s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.

. . .

(3) Le mandat doit énoncer les modalités que le juge estime opportunes pour que la fouille, la perquisition ou la saisie soit raisonnable dans les circonstances.

. . .

(5.1) Le mandat qui autorise l'agent de la paix à perquisitionner secrètement doit exiger, dans le cadre des modalités visées au paragraphe (3), qu'un avis de la perquisition soit donné dans le délai suivant son exécution que le juge estime indiqué dans les circonstances.

487.012 (1) A justice or judge may order a person, other than a person under investigation for an offence referred to in paragraph (3)(a),

(a) to produce documents, or copies of them certified by affidavit to be true copies, or to produce data; or

(b) to prepare a document based on documents or data already in existence and produce it.

(2) The order shall require the documents or data to be produced within the time, at the place and in the form specified and given

(a) to a peace officer named in the order; or

(b) to a public officer named in the order, who has been appointed or designated to administer or enforce a federal or provincial law and whose duties include the enforcement of this or any other Act of Parliament.

(3) Before making an order, the justice or judge must be satisfied, on the basis of an *ex parte* application containing information on oath in writing, that there are reasonable grounds to believe that

(a) an offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed;

(b) the documents or data will afford evidence respecting the commission of the offence; and

(c) the person who is subject to the order has possession or control of the documents or data.

(4) The order may contain any terms and conditions that the justice or judge considers advisable in the circumstances, including terms and conditions to protect a privileged communication between a lawyer and their client or, in the province of Quebec, between a lawyer or a notary and their client.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and CROMWELL J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Stockwoods, Toronto.

487.012 (1) Sauf si elle fait l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée à l'alinéa (3)a), un juge de paix ou un juge peut ordonner à une personne :

a) de communiquer des documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou des données;

b) de préparer un document à partir de documents ou données existants et de le communiquer.

(2) L'ordonnance précise le moment, le lieu et la forme de la communication ainsi que la personne à qui elle est faite — agent de la paix ou fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale.

(3) Le juge de paix ou le juge ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment et présentée *ex parte*, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les conditions suivantes sont réunies :

a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou est présumée avoir été commise;

b) les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l'infraction;

c) les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition.

(4) L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et le juge CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Stockwoods, Toronto.

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 the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, 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'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Jean-Philippe Mailhot *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAILHOT

2013 SCC 17

File No.: 34881.

2013: March 19; 2013: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Charge to jury — Fairness — Trial judge providing jurors with summary of theory of defence but also providing opinion on evidence in support of, or contrary to, that theory — Accused convicted of second degree murder — Whether opinions offered by trial judge amounted to opinions as to verdict.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler, Beauregard and Doyon J.J.A.), 2012 QCCA 964, SOQUIJ AZ-50858815, [2012] J.Q. n° 4863 (QL), 2012 CarswellQue 5082, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal allowed.

Nicholas St-Jacques, Lida Sara Nouraie and Christian Desrosiers, for the appellant.

Carole Lebeuf and Alexandre Boucher, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — We all agree with Doyon J.A., dissenting in the Court of Appeal, that a new trial is required because of the effect of the trial judge's

Jean-Philippe Mailhot *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAILHOT

2013 CSC 17

N° du greffe : 34881.

2013 : 19 mars; 2013 : 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Équité — Juge du procès ayant résumé la thèse de la défense à l'intention du jury en exprimant son opinion sur la preuve de manière favorable ou défavorable à cette thèse — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Les opinions exprimées par le juge du procès constituaient-elles des opinions sur le verdict susceptible d'être rendu?

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, et un nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Duval Hesler, Beauregard et Doyon), 2012 QCCA 964, SOQUIJ AZ-50858815, [2012] J.Q. n° 4863 (QL), 2012 CarswellQue 5082, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

Nicholas St-Jacques, Lida Sara Nouraie et Christian Desrosiers, pour l'appellant.

Carole Lebeuf et Alexandre Boucher, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Nous convenons tous avec le juge Doyon, dissident en Cour d'appel, qu'un nouveau procès s'impose en raison de l'incidence des

charge on the fairness of the trial (2012 QCCA 964 (CanLII)).

[2] Accordingly, the appeal is allowed and a new trial is ordered.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

directives du juge de première instance sur l'équité du procès (2012 QCCA 964 (CanLII)).

[2] Le pourvoi est donc accueilli, et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

**Cassidy Alexis Ediger, an infant by her
Guardian *Ad Litem*, Carolyn Grace
Ediger** *Appellant*

v.

William G. Johnston *Respondent*

INDEXED AS: EDIGER v. JOHNSTON

2013 SCC 18

File No.: 34408.

2012: December 4; 2013: April 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Causation — Doctor attempted mid-level forceps delivery of baby — Baby’s umbilical cord became compressed causing bradycardia and brain injury — Doctor did not arrange for back-up Caesarean section delivery or advise mother of mid-level forceps delivery risks prior to attempting forceps delivery — Whether doctor’s attempted forceps delivery caused bradycardia — Whether doctor’s failure to arrange for back-up Caesarean section delivery or to advise mother of mid-level forceps delivery risks prior to attempting forceps delivery caused baby’s injury.

C suffered from persistent bradycardia during her birth, which led to her severe and permanent brain damage. After C’s mother’s labour did not progress as anticipated, the doctor decided to attempt to deliver C using a mid-level forceps procedure. Prior to initiating the procedure, the doctor did not inform C’s mother of the material risks of a mid-level forceps delivery, which included bradycardia, and did not inquire into the immediate availability of surgical back-up to perform an emergency Caesarean section in the event of bradycardia. After the doctor applied the forceps, he decided to abandon the procedure and left the labour room to make arrangements for a Caesarean section. In the minutes that

**Cassidy Alexis Ediger, mineure représentée
par sa tutrice à l’instance, Carolyn Grace
Ediger** *Appelante*

c.

William G. Johnston *Intimé*

RÉPERTORIÉ : EDIGER c. JOHNSTON

2013 CSC 18

N° du greffe : 34408.

2012 : 4 décembre; 2013 : 4 avril.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Lien de causalité — Tentative par un médecin d’accouchement par forceps moyen — Compression du cordon ombilical causant une bradycardie et des lésions cérébrales — Omission du médecin de prendre des dispositions pour un accouchement par césarienne en cas de complications et d’aviser la mère des risques d’un accouchement par forceps moyen avant de tenter l’accouchement par forceps — La tentative par le médecin d’accouchement par forceps a-t-elle causé la bradycardie? — L’omission du médecin de prendre des dispositions pour un accouchement par césarienne en cas de complications ou d’aviser la mère des risques d’un accouchement par forceps moyen avant de tenter l’accouchement par forceps a-t-elle causé les lésions subies par le bébé?

À sa naissance, C a été victime d’une bradycardie prolongée qui lui a causé de graves lésions cérébrales permanentes. Le travail de la mère de C ne progressant pas comme il l’aurait dû, le médecin a décidé de tenter de mettre C au monde en utilisant la méthode d’accouchement par forceps moyen. Avant cette tentative, le médecin n’a pas informé la mère de C des risques importants associés à un accouchement par forceps moyen, et notamment du risque de bradycardie, et il n’a pas vérifié si une équipe chirurgicale de secours serait disponible sans délai pour pratiquer une césarienne d’urgence en cas de bradycardie. Après avoir appliqué le forceps, le médecin a décidé d’abandonner cette méthode

followed, C's umbilical cord became obstructed, leading to persistent bradycardia. C was delivered by Caesarean section approximately 18 minutes after the onset of the bradycardia and now suffers from spastic quadriplegia and cerebral palsy. The trial judge found that the doctor's application of the forceps likely caused the obstruction of C's umbilical cord that led to the bradycardia because the forceps displaced C's head and left a space into which the cord fell and became compressed upon a subsequent maternal contraction. The trial judge found that the doctor breached the standard of care, which required him to have surgical back-up immediately available before attempting the mid-level forceps procedure and to obtain the mother's informed consent for that procedure. The doctor, however, successfully appealed from the trial judge's finding that his breaches of the standard of care caused C's injury.

Held: The appeal should be allowed.

The sole issue here is causation: Did the doctor's breaches of the standard of care cause C's injury? Because causation is a factual inquiry, the standard of review for the trial judge's causation findings is palpable and overriding error. There was no such error here.

Contrary to the Court of Appeal's conclusion, the trial judge did not err by failing to account for the delay between the end of the forceps attempt and the onset of bradycardia. The trial judge accepted expert testimony that the doctor's attempt to position the forceps may have displaced the baby's head such that her umbilical cord would become compressed upon a subsequent maternal contraction, leading to bradycardia. It was open to the trial judge to do so. This theory explained the delay between the failed forceps attempt and the onset of bradycardia.

The trial judge also did not err when she concluded that the doctor's failure to have surgical back-up immediately available was a "but for" cause of C's injury. Although the issue here is causation, the dispute turns on a proper understanding of the "immediately available"

et il est sorti de la salle de travail pour prendre les dispositions nécessaires en vue d'une césarienne. Dans les minutes qui ont suivi, le cordon ombilical de C a été obstrué, ce qui a causé une bradycardie prolongée. C est née par césarienne environ 18 minutes après le début de la bradycardie et elle souffre maintenant de tétraplégie spastique et de paralysie cérébrale. La juge de première instance a conclu que l'application du forceps par le médecin a probablement causé l'obstruction du cordon ombilical de C qui a entraîné la bradycardie, parce que le forceps a déplacé la tête de C et créé un espace dans lequel le cordon est tombé et a été compressé lors d'une contraction utérine ultérieure. La juge de première instance a conclu que le médecin n'avait pas respecté la norme de diligence selon laquelle il devait veiller à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai avant de tenter l'accouchement par forceps moyen et obtenir le consentement éclairé de la mère à l'application de cette méthode. Le médecin a toutefois eu gain de cause en appel relativement à la conclusion de la juge de première instance selon laquelle ses manquements à la norme de diligence avaient causé les lésions subies par C.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La seule question en litige est celle du lien de causalité : les lésions subies par C ont-elles été causées par les manquements du médecin à la norme de diligence? Le lien de causalité étant une question de fait, c'est la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante qui s'applique à l'examen des conclusions de la juge de première instance sur cette question. Or, aucune erreur de ce type n'a été commise en l'espèce.

Contrairement à ce qu'a conclu la Cour d'appel, la juge de première instance n'a pas erronément omis de tenir compte de l'intervalle entre la fin de la tentative d'accouchement par forceps et le début de la bradycardie. La juge de première instance a retenu le témoignage d'expert selon lequel il se peut que la tête du bébé ait été déplacée lors de la tentative d'application du forceps, de sorte qu'une compression du cordon ombilical lors d'une contraction utérine ultérieure ait causé la bradycardie. La juge de première instance pouvait retenir ce témoignage. Cette thèse expliquait l'intervalle entre la tentative échouée d'accouchement par forceps et le début de la bradycardie.

La juge de première instance n'a pas non plus commis d'erreur en concluant que l'omission du médecin de veiller à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai constituait une cause déterminante des lésions subies par C. Bien que la question à trancher

standard of care set forth by the trial judge. The doctor argues that the standard required only that he ensure prior to the forceps procedure that an anaesthetist would be available. The doctor argues that satisfying this standard would have made no difference in the time it took to deliver C. The problem with the doctor's interpretation of the standard of care is that it is unresponsive to the risk in question. Considering the trial judge's reasons in their entirety, it is clear that the trial judge contemplated a standard of care that required the doctor to take reasonable precautions responsive to the recognized risk of bradycardia and the severe damage to the baby that results when bradycardia persists.

It is beyond dispute that the doctor did not take precautions to ensure that, in the event of bradycardia, C could have been delivered by Caesarean section without injury. He took no steps before beginning the mid-level forceps procedure to have surgical back-up immediately available even though there was no urgency that precluded him from doing so. He did not even inquire into the availability of an anaesthetist. That fell below the standard of care.

Because the trial judge did not err in finding that the doctor's breach of the duty to have surgical back-up immediately available caused C's injury, it is not necessary to consider whether the doctor's breach of the duty to obtain the mother's informed consent also caused C's injury. However, the trial judge's informed consent analysis further confirms that the duty to have back-up surgical staff "immediately available" required more than simply ensuring that an anaesthetist was available.

Cases Cited

Referred to: *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Resurfice Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Smith and Groberman JJ.A.), 2011 BCCA 253, 19 B.C.L.R.

ici soit celle du lien de causalité, le débat porte sur ce qu'il faut entendre par être « disponible sans délai » selon la norme énoncée par la juge de première instance. Le médecin soutient que cette norme l'obligeait simplement à s'assurer, avant de tenter l'accouchement par forceps, qu'un anesthésiste serait disponible. Le médecin prétend que le respect de cette norme n'aurait rien changé au temps nécessaire pour mettre C au monde. Le problème que pose la norme de diligence, telle que l'interprète le médecin, tient au fait qu'elle ne pare pas au risque en cause. Il ressort clairement des motifs de la juge de première instance, considérés globalement, qu'elle envisageait une norme de diligence qui exigeait que le médecin prenne des précautions raisonnables pour parer au risque notoire de bradycardie et au grave préjudice causé au bébé par une bradycardie prolongée.

Il ne fait aucun doute que le médecin n'a pris aucune précaution pour que, en cas de bradycardie, C puisse être mise au monde par césarienne sans subir de lésion. Il n'a rien fait avant de commencer l'accouchement par forceps moyen pour qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai, alors qu'aucune urgence ne l'empêchait de prendre cette précaution. Il n'a même pas vérifié si un anesthésiste était disponible. En agissant ainsi, il n'a pas respecté la norme de diligence.

Étant donné que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le manquement du médecin à son obligation de veiller à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai a causé les lésions subies par C, il n'est pas nécessaire de décider si son manquement à son obligation d'obtenir le consentement éclairé de la mère les a causées. Toutefois, l'analyse faite par la juge de première instance du consentement éclairé confirme également que l'obligation de veiller à ce qu'une équipe chirurgicale soit « disponible sans délai » n'exigeait pas seulement que le médecin vérifie si un anesthésiste était disponible.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Resurfice Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Smith et Groberman), 2011 BCCA 253, 19 B.C.L.R.

(5th) 60, 305 B.C.A.C. 271, 515 W.A.C. 271, 333 D.L.R. (4th) 633, [2011] 8 W.W.R. 466, 82 C.C.L.T. (3d) 228, [2011] B.C.J. No. 974 (QL), 2011 CarswellBC 1279, setting aside a decision of Holmes J., 2009 BCSC 386, 65 C.C.L.T. (3d) 1, [2009] B.C.J. No. 564 (QL), 2009 CarswellBC 773. Appeal allowed.

Vincent R. K. Orchard, Q.C., Steven Hoyer, Susanne Raab and Paul T. McGivern, for the appellant.

James M. Lepp, Q.C., Michael G. Thomas and Daniel J. Reid, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN AND MOLDAVER JJ. — Cassidy Ediger, now 15 years old, suffered from persistent bradycardia during her birth that caused severe and permanent brain damage, leaving her with spastic quadriplegia and cerebral palsy. Cassidy, by her guardian *ad litem*, sued Dr. William G. Johnston, the obstetrician who delivered her, alleging that her injury resulted from negligence associated with an attempt to deliver her using a mid-level forceps procedure. The trial judge found that Dr. Johnston breached the standard of care expected of him in the circumstances by failing to ensure that back-up surgical staff would be immediately available to deliver Cassidy by Caesarean section (“C-section”) upon complications arising from the mid-level forceps delivery, and by failing to inform Cassidy’s mother about the material risks associated with the forceps procedure. The only issue before us is whether the trial judge committed a palpable and overriding error in determining that Cassidy’s injury was caused by these breaches. In our view, there was no such error.

(5th) 60, 305 B.C.A.C. 271, 515 W.A.C. 271, 333 D.L.R. (4th) 633, [2011] 8 W.W.R. 466, 82 C.C.L.T. (3d) 228, [2011] B.C.J. No. 974 (QL), 2011 CarswellBC 1279, qui a annulé une décision de la juge Holmes, 2009 BCSC 386, 65 C.C.L.T. (3d) 1, [2009] B.C.J. No. 564 (QL), 2009 CarswellBC 773. Pourvoi accueilli.

Vincent R. K. Orchard, c.r., Steven Hoyer, Susanne Raab et Paul T. McGivern, pour l’appelante.

James M. Lepp, c.r., Michael G. Thomas et Daniel J. Reid, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LES JUGES ROTHSTEIN ET MOLDAVER — Cassidy Ediger, aujourd’hui âgée de 15 ans, a été victime, lors de sa naissance, d’une bradycardie prolongée qui lui a causé de graves lésions cérébrales permanentes en raison desquelles elle souffre de tétraplégie spastique et de paralysie cérébrale. Cassidy, représentée par sa tutrice à l’instance, a poursuivi le D^r William G. Johnston, l’obstétricien qui a procédé à l’accouchement. Elle soutenait que ses lésions avaient été causées par la négligence du D^r Johnston lors de sa tentative de la mettre au monde en utilisant la méthode d’accouchement par « forceps moyen » (par application d’un forceps au niveau du détroit moyen). La juge de première instance a conclu que le D^r Johnston avait contrevenu à la norme de diligence à laquelle il était tenu dans les circonstances, en ne veillant pas à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai pour pratiquer une césarienne en cas de complications découlant de la méthode d’accouchement par forceps moyen et en n’informant pas la mère de Cassidy des risques importants associés à cette méthode. La seule question dont nous sommes saisis consiste à déterminer si la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les lésions subies par Cassidy avaient été causées par ces manquements. À notre avis, elle n’a pas commis d’erreur de ce type.

I. Facts

[2] Cassidy was born on January 24, 1998, to Carolyn and Scott Ediger. Early in the course of Mrs. Ediger's pregnancy, her family physician, Dr. Lisa LeGresley, referred her to Dr. Johnston based on a concern unrelated to the injury Cassidy ultimately sustained at birth.

[3] Mrs. Ediger consulted Dr. Johnston throughout her pregnancy. Based on a number of factors, Dr. Johnston considered her pregnancy to be high risk. As a result, he decided to induce the pregnancy before term, at 38 weeks. It is undisputed that the factors that made Mrs. Ediger's pregnancy high risk are irrelevant to Cassidy's subsequent injury.

[4] On January 23, Mrs. Ediger was admitted to Chilliwack General Hospital and Dr. Johnston began the induction process. The next day, Mrs. Ediger's labour stalled, despite contractions that were strong in duration and intensity. Dr. Johnston determined that the baby was in deep arrest with its head positioned sideways. He therefore elected to proceed with a mid-level forceps rotation to deliver the baby. A forceps delivery involves positioning a forceps blade on each side of the baby's head and assisting the baby through the birth canal. A "mid-level" forceps delivery is the riskiest type of forceps delivery that obstetricians are permitted to attempt because it takes place when the baby is at the beginning of the birth canal. In this case, the baby's head had to be rotated before the baby could be assisted through the remainder of the birth canal.

[5] Dr. Johnston did not anticipate that anything would go wrong with the mid-level forceps procedure and therefore did not inform Mrs. Ediger of the potential risks associated with it. These risks included compression of the baby's umbilical cord, leading to persistent fetal bradycardia (a sustained drop in the baby's heart rate prior to delivery), which may in turn cause severe brain damage.

I. Les faits

[2] Cassidy, fille de Carolyn et Scott Ediger, est née le 24 janvier 1998. Au début de la grossesse de M^{me} Ediger, son médecin de famille, la D^{re} Lisa LeGresley, l'a confiée aux soins du D^r Johnston, pour une raison qui n'avait rien à voir avec les lésions subies plus tard par Cassidy à sa naissance.

[3] M^{me} Ediger a consulté le D^r Johnston tout au long de sa grossesse. En raison d'un certain nombre de facteurs, le D^r Johnston estimait que sa grossesse comportait des risques élevés. Il a donc décidé de provoquer l'accouchement avant terme, à la 38^e semaine de grossesse. Il n'est pas contesté que les facteurs qui ont rendu très risquée la grossesse de M^{me} Ediger n'ont rien à voir avec les lésions subies ultérieurement par Cassidy.

[4] Le 23 janvier, M^{me} Ediger a été admise à l'Hôpital général de Chilliwack et le D^r Johnston a déclenché le travail. Le jour suivant, le travail de M^{me} Ediger a cessé de progresser, malgré de longues et fortes contractions. Le D^r Johnston a constaté l'arrêt de la progression du bébé, qui avait la tête en position transverse. Il a donc choisi de procéder à une rotation avec forceps moyen. Dans un accouchement par forceps, on place une branche du forceps de chaque côté de la tête du bébé et on l'aide à traverser le canal pelvigénital. L'accouchement par « forceps moyen » est le plus risqué des accouchements par forceps que les obstétriciens sont autorisés à tenter, parce qu'il est pratiqué au moment où le bébé vient tout juste de s'engager dans le canal pelvigénital. En l'espèce, il fallait procéder à une rotation de la tête du bébé avant de pouvoir l'aider à traverser le reste du canal pelvigénital.

[5] Le D^r Johnston ne s'attendait pas à ce que la méthode par forceps moyen entraîne des complications et c'est pour cette raison qu'il n'a pas informé M^{me} Ediger des risques que pouvait comporter cette méthode. Ces risques incluaient la possibilité d'une compression du cordon ombilical du bébé entraînant une bradycardie fœtale prolongée (une baisse prolongée de la fréquence cardiaque du bébé avant sa naissance), qui pouvait causer de graves lésions cérébrales.

[6] Dr. Johnston attempted the forceps procedure while Mrs. Ediger was in a regular labour room, located close to a high risk operating room that was used to perform C-sections. Prior to initiating the forceps procedure, Dr. Johnston did not inquire into the availability of an anaesthetist or operating room staff to assist with an emergency C-section in the event that complications were to arise during the forceps attempt.

[7] According to the evidence accepted by the trial judge, Dr. Johnston applied the first forceps blade and attempted to apply the second forceps blade. Unhappy with the placement of the second blade, however, he elected to abandon the forceps procedure and proceed with a C-section.

[8] At that point, Dr. Johnston left the labour room to make arrangements for a C-section. He contacted the on-call anaesthetist, Dr. Charles Boldt, to assist. Dr. Boldt informed Dr. Johnston that he was occupied with an emergency life or death surgery in another operating room and anticipated that he would be unavailable for another hour. Dr. Boldt suggested that Dr. Johnston contact the next on-call anaesthetist, who was off site but could arrive within 30 minutes.

[9] While Dr. Johnston was attempting to make these arrangements, Dr. LeGresley, who remained in the labour room with Mrs. Ediger, saw the baby's heart rate drop on the heart rate monitor. Dr. LeGresley, over the course of 20 to 30 seconds, confirmed that the drop continued, indicating persistent fetal bradycardia. She then called out to Dr. Johnston that Mrs. Ediger needed an emergency C-section.

[10] When Dr. Johnston returned to the room, he attached a fetal scalp clip to the baby's head

[6] Le D^r Johnston a tenté l'accouchement par forceps de M^{me} Ediger dans une salle d'accouchement ordinaire située à proximité d'une salle d'opération pour les cas à haut risque qui était utilisée pour les césariennes. Avant d'appliquer le forceps, le D^r Johnston n'a pas vérifié si un anesthésiste et une équipe chirurgicale étaient disponibles au cas où il devrait procéder à une césarienne d'urgence advenant des complications lors de la tentative d'accouchement par forceps.

[7] Selon la preuve retenue par la juge de première instance, le D^r Johnston a d'abord appliqué la première branche du forceps, puis a tenté d'appliquer la deuxième. Comme il n'était pas satisfait de la façon dont la deuxième branche était placée, il a décidé d'abandonner la méthode d'accouchement par forceps et de procéder à une césarienne.

[8] Le D^r Johnston est alors sorti de la salle de travail pour prendre les dispositions nécessaires en vue d'une césarienne. Il a communiqué avec l'anesthésiste de garde, le D^r Charles Boldt, pour lui demander son assistance. Le D^r Boldt a dit au D^r Johnston qu'il s'occupait déjà d'un cas de vie ou de mort dans une autre salle d'opération et qu'il ne s'attendait pas à pouvoir se libérer avant une heure. Le D^r Boldt a recommandé au D^r Johnston de communiquer avec l'anesthésiste suivant sur la liste de garde, qui ne se trouvait pas sur les lieux, mais pouvait arriver dans un délai de 30 minutes.

[9] Pendant que le D^r Johnston tentait de communiquer avec l'autre anesthésiste, la D^{re} LeGresley, qui était restée dans la salle de travail avec M^{me} Ediger, s'est aperçue en regardant le moniteur que la fréquence cardiaque du bébé diminuait. Dans les 20 à 30 secondes qui ont suivi, la D^{re} LeGresley a observé que la fréquence cardiaque continuait à diminuer, ce qui était le signe d'une bradycardie fœtale prolongée. Elle a alors alerté le D^r Johnston, lui signalant que M^{me} Ediger devait subir une césarienne d'urgence.

[10] De retour dans la salle, le D^r Johnston a fixé un capteur au cuir chevelu du bébé pour vérifier si la

to confirm that the heart monitor observed by Dr. LeGresley provided an accurate representation of the baby's heart beat. Within approximately two minutes, he was able to confirm persistent bradycardia. It is undisputed in these proceedings that the persistent bradycardia resulted from an obstruction of the baby's umbilical cord.

[11] At this point, Dr. Johnston again contacted Dr. Boldt, who was still occupied in the other emergency surgery, and informed him that Mrs. Ediger needed an emergency C-section. Mrs. Ediger was transferred to the high risk operating room, where she was prepped for surgery. In the meantime, Dr. Boldt stabilized his patient and rushed over to anaesthetize Mrs. Ediger. On arrival in the operating room, Dr. Boldt anaesthetized Mrs. Ediger and then Dr. Johnston delivered Cassidy by C-section.

[12] In the end, Cassidy was delivered approximately 20 minutes after Dr. Johnston's failed forceps attempt (approximately 18 minutes from the onset of bradycardia). As a result of the sustained bradycardia, Cassidy suffered severe and permanent brain damage. She lives her life with spastic quadriplegia and cerebral palsy. She is non-verbal, tube-fed, confined to a wheel chair and totally dependent on others for all of her daily needs. Her life expectancy is 38 years.

II. Procedural History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2009 BCSC 386, 65 C.C.L.T. (3d) 1*

[13] Cassidy filed a statement of claim in the Supreme Court of British Columbia alleging that Dr. Johnston was negligent in his attempt at a forceps delivery. In particular, she alleged that the standard of care required Dr. Johnston to perform the forceps procedure with a "double setup". In the alternative, Dr. Johnston was required to arrange for back-up staff that would be immediately available to deliver Cassidy by C-section if the forceps procedure failed. Cassidy also alleged that

fréquence cardiaque constatée par la D^{re} LeGresley sur l'écran du moniteur correspondait bien à la fréquence cardiaque du bébé. Au bout d'environ deux minutes, il a pu confirmer la bradycardie fœtale prolongée. Il n'est pas contesté en l'espèce que la bradycardie fœtale prolongée a été causée par une obstruction du cordon ombilical.

[11] Le D^r Johnston a alors communiqué à nouveau avec le D^r Boldt, qui était toujours occupé à une autre chirurgie d'urgence, et lui a dit que M^{me} Ediger devait subir une césarienne d'urgence. M^{me} Ediger a été transportée dans la salle d'opération pour les cas à haut risque où on l'a préparée pour la chirurgie. Entre-temps, le D^r Boldt a stabilisé son patient et s'est empressé de venir anesthésier M^{me} Ediger. À son arrivée dans la salle d'opération, le D^r Boldt a anesthésié M^{me} Ediger et le D^r Johnston l'a accouchée par césarienne.

[12] Finalement, Cassidy est venue au monde environ 20 minutes après la tentative échouée d'accouchement par forceps par le D^r Johnston (environ 18 minutes après le début de la bradycardie). La bradycardie prolongée a causé chez Cassidy des lésions cérébrales graves et permanentes. Elle souffre de tétraplégie spastique et de paralysie cérébrale. Elle est incapable de parler, elle est nourrie à l'aide d'un tube, elle est confinée à un fauteuil roulant et elle dépend complètement d'autrui pour ses besoins quotidiens. Son espérance de vie est de 38 ans.

II. Historique des procédures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2009 BCSC 386, 65 C.C.L.T. (3d) 1*

[13] Cassidy a déposé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une déclaration dans laquelle elle prétendait que le D^r Johnston avait fait preuve de négligence lors de sa tentative d'accouchement par forceps. Elle soutenait en particulier que, selon la norme de diligence à laquelle il était tenu, le D^r Johnston devait veiller à ce que tout soit déjà en place pour l'application d'une solution de rechange (à mettre en œuvre « deux ensembles de préparatifs ») avant

Dr. Johnston was negligent for failing to obtain Mrs. Ediger's informed consent to the forceps procedure because he did not advise her of the material risks associated with the mid-level forceps procedure.

[14] A great deal of the evidence at trial focused on whether a "double setup" was required by the standard of care for mid-level forceps deliveries. Where a double setup is used, the forceps delivery is performed in an operating room with an anaesthetist and operating room staff standing by, and all of the materials for a C-section prepped. If the forceps procedure fails, the mother's legs are lowered, her abdomen is painted with an antiseptic and the baby is delivered by C-section. The evidence at trial indicated that in a double setup situation, a baby could be delivered by C-section two to five minutes from the time a forceps procedure is abandoned.

[15] In her reasons for judgment, Holmes J. rejected Cassidy's claim that the standard of care at the time mandated a double setup. Holmes J. acknowledged the testimony of some experts who stated that the well-recognized high risks associated with a mid-level forceps delivery required a double setup. Although she agreed that the trend was to perform these procedures with a double setup, she accepted the testimony of Dr. Johnston and his experts that, at the time of Cassidy's delivery, it was not uncommon to proceed without a double setup.

[16] Holmes J. agreed with Cassidy, however, that the applicable standard of care incorporated

de procéder à l'accouchement par forceps. Sinon, il devait veiller à ce qu'une équipe de secours soit disponible sans délai pour accoucher M^{me} Ediger par césarienne si l'accouchement par forceps ne fonctionnait pas. Cassidy affirmait également que le D^r Johnston avait fait preuve de négligence en n'obtenant pas le consentement éclairé de M^{me} Ediger à l'utilisation du forceps, puisqu'il ne l'avait pas informée des risques importants associés à la méthode d'accouchement par forceps moyen.

[14] La preuve soumise au procès portait en grande partie sur la question de savoir si la norme de diligence applicable à l'accouchement par forceps moyen exigeait « deux ensembles de préparatifs ». La mise en œuvre de deux ensembles de préparatifs signifie que l'accouchement par forceps a lieu dans une salle d'opération où un anesthésiste et une équipe chirurgicale sont prêts à intervenir et que tout le matériel nécessaire à un accouchement par césarienne a été préparé. Si l'accouchement par forceps ne fonctionne pas, on abaisse les jambes de la mère, on lui badigeonne l'abdomen avec un antiseptique et on procède à l'accouchement par césarienne. Selon la preuve soumise au procès, lors d'un accouchement avec deux ensembles de préparatifs, le bébé peut naître par césarienne deux à cinq minutes après l'abandon de la méthode d'accouchement par forceps.

[15] Dans ses motifs de jugement, la juge Holmes a rejeté la prétention de Cassidy voulant que la norme de diligence en vigueur à l'époque où elle est née exige deux ensembles de préparatifs. La juge Holmes a pris note du témoignage d'un certain nombre d'experts selon lesquels les risques importants notoires d'un accouchement par forceps moyen commandaient deux ensembles de préparatifs. Bien qu'elle ait reconnu la tendance générale à mettre en œuvre deux ensembles de préparatifs avant d'appliquer cette méthode d'accouchement, elle a retenu les témoignages du D^r Johnston et de ses experts selon lesquels, à l'époque où Cassidy est née, il n'était pas rare qu'on l'applique sans doubles préparatifs.

[16] La juge Holmes a toutefois souscrit à la prétention de Cassidy selon laquelle la norme de

the less stringent requirement that surgical back-up be “immediately available” to deliver the baby by C-section upon failure of the mid-level forceps attempt, consistent with the guidelines of the Society of Obstetricians and Gynaecologists of Canada. She found that Dr. Johnston did not meet this standard of care. According to Holmes J., when Dr. Johnston initiated his forceps attempt, he faced a non-urgent scenario and had time to assemble a surgical team. Instead, however, he took “no steps” to ensure that surgical back-up would be immediately available (para. 94). Holmes J. emphasized that Dr. Johnston had not even inquired as to whether the on-call anaesthetist was available prior to initiating the forceps procedure. As a result,

Dr. Boldt [the anaesthetist] and his nursing staff were “present” in the hospital only in the most literal sense, when Dr. Johnston attempted the mid-forceps delivery. They were completely occupied with another very high-risk situation, and expected to remain so occupied for at least another hour. No other anaesthetist was in the hospital or even formally on-call . . . [para. 83]

Holmes J. found that, by proceeding in the manner that he did, Dr. Johnston breached the standard of care expected of a physician in the circumstances.

[17] Holmes J. also found that Cassidy had established causation. In particular, she found that Dr. Johnston’s forceps attempt was a “but for” cause of the persistent bradycardia and that Dr. Johnston’s failure to have surgical back-up immediately available was a “but for” cause of Cassidy’s injury. She concluded:

In the result, back-up was provided and Cassidy was delivered within about eighteen minutes. This was probably the best possible outcome in the circumstances

diligence applicable comportait l’exigence moins rigoureuse de veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit « disponible sans délai » pour procéder à l’accouchement par césarienne si l’accouchement par forceps moyen ne fonctionnait pas, conformément aux directives cliniques de la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada. Elle a conclu que le D^r Johnston n’avait pas respecté cette norme de diligence. Selon la juge Holmes, au moment où le D^r Johnston a amorcé sa tentative d’accouchement par forceps, il ne se trouvait pas devant une situation d’urgence et il avait le temps de constituer une équipe chirurgicale. Il n’a toutefois [TRADUCTION] « rien fait » pour veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai en cas de besoin (par. 94). La juge Holmes a souligné que le D^r Johnston n’avait même pas vérifié si l’anesthésiste de garde était libre avant d’appliquer la méthode d’accouchement par forceps. Par conséquent, elle a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Le D^r Boldt [l’anesthésiste] et son personnel infirmier étaient « présents » dans l’hôpital au sens le plus littéral du terme lorsque le D^r Johnston a amorcé sa tentative d’accouchement par forceps moyen. Ils étaient complètement pris par un autre cas à très haut risque auquel ils estimaient devoir consacrer encore au moins une heure. Aucun autre anesthésiste ne se trouvait dans l’hôpital ni n’était même officiellement de garde . . . [par. 83]

La juge Holmes a conclu que le D^r Johnston, en procédant comme il l’a fait, n’avait pas respecté la norme de diligence applicable à un médecin en pareilles circonstances.

[17] La juge Holmes a également conclu que Cassidy avait établi le lien de causalité. Elle a conclu, plus précisément, que la tentative d’accouchement par forceps par le D^r Johnston était une cause déterminante de la bradycardie prolongée et que l’omission du D^r Johnston de veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai était une cause déterminante des lésions subies par Cassidy. En conclusion, elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] En fin de compte, du personnel de secours est intervenu et Cassidy est née au bout d’environ 18 minutes. Il s’agissait probablement du meilleur

Dr. Johnston had created when he proceeded with the attempt while Dr. Boldt was tied up with another life and death situation. However, minutes mattered, and with the passage of time Cassidy's bradycardia had done its damage. Had back-up been available even five to ten minutes more quickly, most — possibly even all — of Cassidy's injuries could have been avoided. [para. 138]

These causation findings, which are a subject of this appeal, are examined in detail below.

[18] Holmes J. also found that Dr. Johnston breached his duty to obtain informed consent before proceeding with the forceps delivery by failing to advise Mrs. Ediger of the material risks associated with the procedure. Holmes J. found it unnecessary to determine whether Mrs. Ediger would have foregone the forceps procedure altogether if she were properly advised because she found that, at the very least, Mrs. Ediger, properly informed, would have delayed the forceps procedure until Dr. Johnston had arranged for immediately available surgical back-up. Given Holmes J.'s earlier finding that Cassidy's injury would have been avoided with surgical back-up, it followed that Dr. Johnston's failure to advise Mrs. Ediger also caused Cassidy's injury.

[19] Holmes J. thus concluded that Cassidy had successfully established her negligence claim. She awarded Cassidy \$3,224,000 in damages, which included non-pecuniary loss, special damages, future care and loss of earnings.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 253, 19 B.C.L.R. (5th) 60*

[20] The Court of Appeal for British Columbia allowed Dr. Johnston's appeal. On appeal, Dr. Johnston did not dispute the trial judge's articulation of the standard of care expected of

dénouement possible dans les circonstances que le D^r Johnston avait créées en faisant sa tentative alors que le D^r Boldt était retenu par un autre cas de vie ou de mort. Toutefois, les minutes comptaient et, avec le temps, la bradycardie de Cassidy avait fait ses ravages. Si l'équipe de secours avait été disponible cinq à dix minutes plus tôt, la majorité — voire la totalité — des lésions subies par Cassidy auraient pu être évitées. [par. 138]

Ces conclusions sur le lien de causalité, contestées dans le présent pourvoi, seront examinées plus loin en détail.

[18] La juge Holmes a également conclu que le D^r Johnston avait manqué à l'obligation qu'il avait d'obtenir le consentement éclairé de M^{me} Ediger avant de procéder à l'accouchement par forceps, puisqu'il ne l'avait pas informée des risques importants associés à cette méthode. La juge Holmes a jugé inutile de déterminer si M^{me} Ediger aurait renoncé complètement à l'utilisation du forceps si elle avait été bien informée, parce qu'elle a conclu que, si M^{me} Ediger avait été bien informée, elle aurait à tout le moins demandé au D^r Johnston de ne pas procéder à l'accouchement par forceps tant qu'il n'aurait pas fait le nécessaire pour qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai. Étant donné que la juge avait déjà conclu que les lésions subies par Cassidy auraient pu être évitées si une équipe chirurgicale de secours avait été disponible, il s'ensuivait que l'omission du D^r Johnston d'informer M^{me} Ediger était aussi une cause des lésions subies par Cassidy.

[19] La juge Holmes a donc conclu que Cassidy avait réussi à établir le bien-fondé de sa réclamation pour négligence. Elle lui a accordé des dommages-intérêts de 3 224 000 \$, notamment pour pertes non pécuniaires, dommages particuliers, soins futurs et pertes de revenu.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 253, 19 B.C.L.R. (5th) 60*

[20] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par le D^r Johnston. En appel, le D^r Johnston n'a pas contesté la norme de diligence à laquelle il était tenu selon la juge de

him or the trial judge's finding that his performance fell below that standard. With respect to his liability for negligence, Dr. Johnston challenged only whether his breaches of the standard of care had in fact caused Cassidy's injury. The parties also cross-appealed on the damages award.

[21] Writing for a unanimous court, Smith J.A. held that the trial judge erred in finding that Dr. Johnston's breaches caused Cassidy's injury for two reasons. First, the evidence did not support the trial judge's conclusion that Dr. Johnston's forceps attempt caused the cord compression and the resulting bradycardia that led to Cassidy's injury. According to Smith J.A., "[t]he undisputed evidence was that fetal bradycardia would occur within seconds of cord compression. Therefore, if Dr. Johnston's attempted forceps delivery had caused the cord compression, fetal bradycardia would have occurred almost contemporaneously with the forceps procedure" (para. 86). Because the trial judge found that the fetal bradycardia began "within at most one and two minutes" *after* the forceps attempt (para. 124), the bradycardia could not have been caused by the forceps attempt.

[22] Second, Smith J.A. held that the trial judge erred in finding that Dr. Johnston's failure to have adequate back-up available caused Cassidy's injury. Although it was conceded that Cassidy probably would have been unharmed if she were delivered 10 minutes earlier, there was no evidence that having a back-up team present would have sped up her delivery. Thus, it was not established that Cassidy's injury would have been avoided if Dr. Johnston had arranged for immediately available surgical back-up

première instance, ni sa conclusion qu'il n'avait pas respecté cette norme dans l'exécution de sa tâche. En ce qui concerne sa responsabilité pour négligence, le D^r Johnston a contesté uniquement la prétention que ses manquements à la norme de diligence ont effectivement causé les lésions subies par Cassidy. Les parties ont également formé un appel incident concernant les dommages-intérêts accordés.

[21] S'exprimant au nom d'une formation unanime, la juge Smith a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les manquements commis par le D^r Johnston avaient causé les lésions subies par Cassidy, et ce, pour deux raisons. Premièrement, la preuve n'était pas la conclusion de la juge de première instance que la tentative d'accouchement par forceps par le D^r Johnston avait causé la compression du cordon ombilical et la bradycardie en résultant qui avait entraîné les lésions subies par Cassidy. Selon la juge Smith, [TRADUCTION] « [I]a preuve non contestée a révélé que la bradycardie fœtale survient normalement quelques secondes après la compression du cordon ombilical. Par conséquent, si la tentative du D^r Johnston de procéder à un accouchement par forceps avait causé la compression du cordon, la bradycardie fœtale se serait produite presque en même temps que l'application du forceps » (par. 86). Comme la juge de première instance a conclu que la bradycardie fœtale avait commencé [TRADUCTION] « tout au plus une à deux minutes » *après* la tentative d'accouchement par forceps (par. 124), la bradycardie n'avait pas pu être causée par la tentative d'accouchement par forceps.

[22] Deuxièmement, la juge Smith a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en concluant que l'omission du D^r Johnston de s'assurer qu'il pouvait compter sur une équipe de secours avait causé les lésions subies par Cassidy. Bien qu'il ait été concédé que Cassidy n'aurait probablement subi aucune lésion si elle était née 10 minutes plus tôt, aucune preuve n'établissait que la présence d'une équipe chirurgicale de secours aurait accéléré l'accouchement. Par conséquent,

or if Mrs. Ediger, properly informed, had delayed the forceps attempt until back-up was available.

[23] Having found that Cassidy failed to establish causation, Smith J.A. allowed the appeal and dismissed the action without considering Dr. Johnston's appeal and Cassidy's cross-appeal as to the damages award. Cassidy now appeals to this Court.

III. Analysis

[24] An action for negligence requires proof of a duty of care, breach of the standard of care, compensable damage, and causation (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 96). Here, Dr. Johnston does not dispute that the first three requirements are met. He had a duty to meet the requisite standard of care by arranging for surgical back-up to be "immediately available" before attempting the mid-forceps procedure. And he had a duty to obtain Mrs. Ediger's informed consent. He breached both of these duties. Furthermore, as described above, Cassidy suffered severe and permanent brain damage that leaves her completely dependent on her family and community for care, clearly compensable damage.

[25] The sole issue here is causation: Did Dr. Johnston's breaches of the standard of care cause Cassidy's injury?

[26] Dr. Johnston advances three arguments as to why the trial judge erred in concluding that his breaches were the cause. The first argument relates to a threshold matter of whether Cassidy's fetal bradycardia was caused by the forceps procedure

il n'avait pas été démontré que Cassidy n'aurait subi aucune lésion si le D^r Johnston avait veillé à ce qu'une équipe médicale de secours soit disponible sans délai ou si M^{me} Ediger, après avoir été bien informée, avait demandé que la tentative d'accouchement par forceps soit retardée jusqu'à ce qu'une équipe de secours soit disponible.

[23] Après avoir conclu que Cassidy n'avait pas réussi à établir le lien de causalité, la juge Smith a accueilli l'appel et rejeté l'action, sans examiner l'appel interjeté par le D^r Johnston et l'appel incident interjeté par Cassidy sur la question des dommages-intérêts accordés. Cassidy se pourvoit maintenant devant la Cour.

III. Analyse

[24] Dans une action pour négligence, il faut établir l'existence d'une obligation de diligence, un manquement à la norme de diligence, un préjudice indemnisable et le lien de causalité (*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 96). En l'espèce, le D^r Johnston ne conteste pas que les trois premiers éléments sont réunis. Il était tenu de respecter la norme de diligence applicable en veillant à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit « disponible sans délai » avant de tenter un accouchement par forceps moyen. Il devait en outre obtenir le consentement éclairé de M^{me} Ediger. Il a manqué à ces deux obligations. De plus, comme nous l'avons déjà expliqué, Cassidy a subi de graves lésions cérébrales permanentes en raison desquelles elle est totalement dépendante de sa famille et de la collectivité. Il s'agit manifestement d'un préjudice indemnisable.

[25] La seule question en litige en l'espèce est celle du lien de causalité : les lésions subies par Cassidy ont-elles été causées par les manquements du D^r Johnston à la norme de diligence?

[26] Le D^r Johnston fait valoir trois arguments pour établir que la juge de première instance a commis une erreur en concluant que ses manquements constituent la cause des lésions. Son premier argument touche la question préliminaire

or would have arisen independent of the procedure. Dr. Johnston submits that the fetal bradycardia would have occurred independent of the procedure and thus his breaches of the standard of care leading up to the procedure were not “but for” causes of Cassidy’s injury. Dr. Johnston’s second and third arguments accept the premise that the forceps procedure caused Cassidy’s bradycardia and argue that causation is not established because Cassidy’s injury would have occurred even if he had met the standard of care. In particular, Dr. Johnston argues that even if he satisfied his duty to have an anaesthetist immediately available, Cassidy would not have been delivered sooner. He also argues that even if Mrs. Ediger, properly advised of the material risks of proceeding without back-up, would have postponed the forceps procedure, there is no evidence that the result would have been different in the postponed forceps attempt.

de savoir si la bradycardie fœtale de Cassidy a été causée par la tentative d’accouchement par forceps ou serait survenue indépendamment de celle-ci. Le D^r Johnston soutient que la bradycardie fœtale serait survenue indépendamment du recours à cette méthode d’accouchement et que, conséquemment, ses manquements à la norme de diligence applicable à cette méthode ne constituent pas des causes déterminantes des lésions subies par Cassidy. Le deuxième et le troisième argument du D^r Johnston acceptent la prémisse que l’application du forceps a causé la bradycardie de Cassidy et portent que le lien de causalité n’a pas été établi parce que Cassidy aurait subi les lésions en cause même s’il avait respecté la norme de diligence. Le D^r Johnston plaide plus particulièrement que, même s’il s’était acquitté de son obligation de veiller à ce qu’un anesthésiste soit disponible pour intervenir sans délai, Cassidy ne serait pas venue au monde plus tôt. Il argue aussi que, même si M^{me} Ediger avait demandé que la tentative d’accouchement par forceps soit retardée, après avoir été bien informée des risques importants associés à l’application de cette méthode sans équipe de secours, rien ne prouve que la tentative d’accouchement par forceps à un moment ultérieur aurait donné un résultat différent.

[27] In sum, the following three issues are raised with respect to causation:

- (1) Did the trial judge err by concluding that Dr. Johnston’s attempted forceps delivery caused the persistent bradycardia?
- (2) Did the trial judge err by concluding that Dr. Johnston’s failure to arrange for “immediately available” surgical back-up caused Cassidy’s injury?
- (3) Did the trial judge err by concluding that Dr. Johnston’s failure to advise Mrs. Ediger of the material risks of a mid-level forceps procedure caused Cassidy’s injury?

[27] Bref, les trois questions suivantes se posent en ce qui concerne le lien de causalité :

- (1) La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que la tentative d’accouchement par forceps par le D^r Johnston a causé la bradycardie prolongée?
- (2) La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l’omission du D^r Johnston de veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit « disponible sans délai » a causé les lésions subies par Cassidy?
- (3) La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l’omission du D^r Johnston d’informer M^{me} Ediger des risques importants associés à la méthode d’accouchement par forceps moyen a causé les lésions subies par Cassidy?

A. *The Legal Test for Causation*

[28] This Court recently summarized the legal test for causation in *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181. Causation is assessed using the “but for” test (*Clements*, at paras. 8 and 13; *Resurfice Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333, at paras. 21-22). That is, the plaintiff must show on a balance of probabilities that “but for” the defendant’s negligent act, the injury would not have occurred (*Clements*, at para. 8). “Inherent in the phrase ‘but for’ is the requirement that the defendant’s negligence was necessary to bring about the injury — in other words that the injury would not have occurred without the defendant’s negligence” (para. 8 (emphasis deleted)).

[29] Causation is a factual inquiry (*Clements*, at paras. 8 and 13). Accordingly, the trial judge’s causation finding is reviewed for palpable and overriding error (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 53-56).

B. *Did the Trial Judge Err by Concluding That Dr. Johnston’s Attempted Forceps Delivery Caused the Persistent Bradycardia?*

[30] It is undisputed that the persistent bradycardia that led to Cassidy’s injury was caused by an obstruction of Cassidy’s umbilical cord. The issue is whether the obstruction was caused by Dr. Johnston’s forceps attempt or whether it arose independently of the procedure. Dr. Johnston submits that the obstruction arose independently of the procedure and thus the trial judge erred when she concluded that Dr. Johnston’s failure to have back-up immediately available and failure to obtain informed consent were “but for” causes of Cassidy’s injury.

A. *Le critère juridique d’appréciation du lien de causalité*

[28] La Cour a résumé récemment le critère d’appréciation du lien de causalité dans *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181. Le lien de causalité est apprécié selon le critère du « facteur déterminant » (parfois désigné au moyen de l’expression « n’eût été ») (*Clements*, par. 8 et 13; *Resurfice Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333, par. 21-22). Le demandeur doit démontrer suivant la prépondérance des probabilités que, « n’eût été » la négligence du défendeur, le préjudice ne serait pas survenu (*Clements*, par. 8). « Par définition, le terme “n’eût été” suppose que la négligence du défendeur était nécessaire pour que survienne le préjudice — en d’autres mots, le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur » (para. 8 (italiques omis)).

[29] Le lien de causalité est une question de fait (*Clements*, par. 8 et 13). Par conséquent, la conclusion tirée en première instance concernant le lien de causalité est contrôlée en fonction de l’existence d’une erreur manifeste et dominante (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 53-56).

B. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que la tentative d’accouchement par forceps par le D^r Johnston a causé la bradycardie prolongée?*

[30] Il n’est pas contesté que la bradycardie prolongée qui a entraîné les lésions subies par Cassidy a été causée par une obstruction de son cordon ombilical. La question consiste à déterminer si cette obstruction a été causée par la tentative d’accouchement par forceps par le D^r Johnston ou si elle est survenue indépendamment de l’application de cette méthode. Le D^r Johnston soutient que l’obstruction est survenue indépendamment de l’application de cette méthode et que, conséquemment, la juge de première instance a commis une erreur en concluant que l’omission du D^r Johnston de veiller à ce qu’une équipe de secours soit disponible sans délai et son omission d’obtenir un consentement éclairé constituent des causes déterminantes des lésions subies par Cassidy.

[31] The trial judge concluded that it was more likely than not that Cassidy's umbilical cord became obstructed when it was compressed as a result of the forceps procedure. Dr. Johnston's argument against this conclusion tracks the Court of Appeal's reasons. According to the Court of Appeal, the evidence showed that "if Dr. Johnston's attempted forceps delivery had caused the cord compression, fetal bradycardia would have occurred almost contemporaneously with the forceps procedure" (para. 86). This could not be reconciled with the trial judge's finding that the bradycardia began "within at most one and two minutes" of the forceps attempt. In the Court of Appeal's view, "[t]his was a critical finding of fact that had to be addressed by the trial judge" (para. 87).

[32] With respect, the trial judge did address the gap in time between the forceps attempt and the onset of the bradycardia. In particular, she considered testimony by Drs. Neal Shone and Duncan Farquharson that a physician's attempt to position the forceps blades may displace the baby's head such that the baby's umbilical cord would become compressed upon a subsequent maternal contraction. This sequence of events accounts for the delay between the end of the failed forceps procedure and the onset of bradycardia. As the trial judge explained:

Dr. Shone explained the mechanics of potential cord compression in a rotational mid-forceps procedure. . . . [W]ith the second blade applied, the head must be manoeuvred, usually by twisting it out of the position in which it is lodged; that process creates space around the baby's head, and the cord may become trapped around the side of the head or under the forceps blades.

Dr. Farquharson explained similarly that, for a rotational mid-forceps procedure, a minor elevation or displacement of the baby's head from its position firmly fixed against the pelvis is necessary before the head can

[31] La juge de première instance a conclu qu'il était plus probable qu'improbable que le cordon ombilical de Cassidy a été obstrué par une compression imputable à l'application du forceps. L'argument avancé par le D^r Johnston pour contester cette conclusion suit le raisonnement de la Cour d'appel. Selon la Cour d'appel, la preuve a démontré que [TRADUCTION] « si la tentative du D^r Johnston de procéder à un accouchement par forceps avait causé la compression du cordon, la bradycardie fœtale se serait produite presque en même temps que l'application du forceps » (par. 86). Cette affirmation était incompatible avec la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la bradycardie a commencé [TRADUCTION] « tout au plus une à deux minutes » après la tentative d'accouchement par forceps. Selon la Cour d'appel, « [i]l s'agissait d'une conclusion de fait cruciale qui devait être examinée par la juge de première instance » (par. 87).

[32] Soit dit avec égards, la juge de première instance a examiné la question du temps écoulé entre la tentative d'accouchement par forceps et le début de la bradycardie. Elle a notamment pris en considération les témoignages des D^{rs} Neal Shone et Duncan Farquharson selon lesquels il se peut que le médecin, en tentant de placer les branches du forceps, déplace la tête du bébé et que le cordon ombilical soit comprimé lors d'une contraction utérine ultérieure. Cette suite d'événements explique l'intervalle entre la fin de la tentative échouée d'accouchement par forceps et le début de la bradycardie. Voici ce qu'a dit la juge de première instance à cet égard :

[TRADUCTION] Le D^r Shone a expliqué comment le cordon peut être comprimé lors d'une rotation avec forceps moyen. [. . .] [U]ne fois la deuxième branche en place, il faut manipuler la tête, habituellement en la faisant pivoter pour la dégager; cette manipulation crée un espace autour de la tête du bébé et le cordon peut se retrouver coincé sur le côté de la tête ou sous les branches du forceps.

De même, le D^r Farquharson a expliqué que, lors d'une rotation avec forceps moyen, il faut faire remonter ou déplacer légèrement la tête du bébé qui repose fermement sur le bassin avant de la faire pivoter. D'après

be rotated. He testified that if the umbilical cord is, for example, alongside the baby's cheeks or neck at the time of the minor elevation or displacement of the head, the cord may slip down into the space created, and the next labour contraction will compress the cord against the pelvis, causing umbilical obstruction. [paras. 125-26]

[33] Holmes J. expressly accepted this “displacement” theory as an explanation for how Cassidy's cord became obstructed. She recognized that this explanation was consistent with Dr. LeGresley's account of what had happened. Dr. LeGresley testified that Dr. Johnston applied both forceps blades, but abandoned the forceps procedure because he was unhappy with the placement of the second blade. This sequence of actions, the trial judge concluded, would have created the space necessary for the umbilical cord to be trapped and compressed.

[34] Furthermore, as Holmes J. observed, the “displacement” theory set forth by Drs. Shone and Farquharson, which is consistent with Dr. LeGresley's account of the facts, explains the gap in time between the forceps attempt and the cord compression. Holmes J. stated:

. . . some of the medical experts discussed or mentioned the effect of labour contractions, which occur periodically and may cause adjustment of the relative positioning within the birth canal. Thus, a displacement may not cause cord compression at the time, but a labour contraction afterwards may cause further movement that forces the cord into the space created earlier. [para. 132]

[35] Holmes J. thus addressed how the forceps attempt could have caused the umbilical cord obstruction notwithstanding the gap in time between the procedure and the onset of bradycardia. With respect, the Court of Appeal was incorrect to find that Holmes J.'s findings were inconsistent.

son témoignage, si le cordon ombilical se trouve placé, par exemple, le long des joues ou du cou du bébé au moment où on fait remonter ou on déplace légèrement la tête, le cordon peut glisser dans l'espace ainsi créé et être compressé contre le bassin lors de la prochaine contraction utérine, ce qui cause l'obstruction du cordon ombilical. [par. 125-126]

[33] La juge Holmes a expressément retenu cette thèse du « déplacement » comme explication de l'obstruction du cordon ombilical de Cassidy. Elle a reconnu que cette explication concordait avec le compte rendu des faits offert par la D^{re} LeGresley. Celle-ci a témoigné que le D^r Johnston avait appliqué les deux branches du forceps, mais qu'il avait abandonné la méthode d'accouchement par forceps parce qu'il n'était pas satisfait de la façon dont la deuxième était placée. La juge de première instance a conclu que cette suite d'actions a vraisemblablement eu pour effet de créer un espace suffisamment grand pour que le cordon ombilical se retrouve coincé et comprimé.

[34] De plus, la juge Holmes a affirmé que la thèse du « déplacement » avancée par les D^{rs} Shone et Farquharson, qui concorde avec le compte rendu des faits par la D^{re} LeGresley, permet d'expliquer l'intervalle entre la tentative d'accouchement par forceps et la compression du cordon. La juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . certains des experts médicaux ont discuté ou fait mention de l'effet des contractions utérines intermittentes qui peuvent entraîner un ajustement de la position relative dans le canal pelvigénital. Par conséquent, il se peut qu'un déplacement ne cause pas immédiatement une compression du cordon, mais qu'une contraction subséquente puisse provoquer un mouvement qui poussera le cordon dans l'espace créé plus tôt. [par. 132]

[35] La juge Holmes a donc examiné la question de savoir comment la tentative d'application du forceps aurait pu causer l'obstruction du cordon ombilical malgré le temps qui s'est écoulé entre cette tentative et le début de la bradycardie. En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel a eu tort de conclure que les conclusions de la juge Holmes étaient incompatibles avec la preuve.

[36] The Court of Appeal's reasons also suggest that it understood the trial judge to have improperly relied on *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, in order to draw an "inference of causation" (paras. 83-85). *Snell* stands for the proposition that the plaintiff in medical malpractice cases — as in any other case — assumes the burden of proving causation on a balance of the probabilities (pp. 329-30). Sopinka J. observed that this standard of proof does not require scientific certainty (*Snell*, at p. 328; *Clements*, at para. 9). The trier of fact may, upon weighing the evidence, draw an inference against a defendant who does not introduce sufficient evidence contrary to that which supports the plaintiff's theory of causation. In determining whether the defendant has introduced sufficient evidence, the trier of fact should take into account the relative position of each party to adduce evidence (*Snell*, at p. 330).

[37] In the present case, there is no reason to believe that the trial judge failed to follow the approach described above. At trial, Dr. Johnston introduced some evidence contrary to the "displacement" theory of causation. Dr. Johnston testified that he never applied the second forceps blade to the baby's head. This was inconsistent with Dr. Shone's explanation of the "displacement" theory. According to Dr. Shone, it is the application of the second forceps blade that requires the baby's head to be manoeuvred, creating the space necessary for the umbilical cord to become trapped, such that it is later compressed by maternal contractions. Holmes J. acknowledged that Dr. Johnston's testimony was inconsistent with the "displacement" theory. She explained, however, that she rejected Dr. Johnston's testimony because he had a weak recollection of the facts and instead accepted Dr. LeGresley's recollection that Dr. Johnston had applied both forceps blades before abandoning the procedure.

[36] Les motifs de la Cour d'appel indiquent en outre que, selon son appréciation, la juge de première instance s'est appuyée à tort sur l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, pour tirer une [TRADUCTION] « inférence de lien de causalité » (par. 83-85). L'arrêt *Snell* permet d'affirmer que le demandeur, dans les affaires de responsabilité médicale — comme dans n'importe quelle autre affaire — a la charge d'établir le lien de causalité selon la prépondérance des probabilités (p. 329-330). Le juge Sopinka a mentionné que cette norme de preuve n'exige pas une certitude scientifique (*Snell*, p. 328; *Clements*, par. 9). Le juge des faits peut, en soupesant la preuve, tirer une inférence défavorable au défendeur qui ne produit pas une preuve suffisante contraire à la thèse du demandeur concernant le lien de causalité. Pour déterminer si la preuve déposée par le défendeur est suffisante, le juge des faits doit tenir compte de la preuve que chaque partie est en mesure de produire (*Snell*, p. 330).

[37] En l'espèce, il n'existe aucune raison de croire que la juge de première instance a dérogé à la façon de faire décrite ci-dessus. Au procès, le D^r Johnston a produit une certaine preuve contraire à la thèse du « déplacement » concernant le lien de causalité. Le D^r Johnston a affirmé dans son témoignage qu'il n'a jamais appliqué la deuxième branche du forceps sur la tête du bébé, ce qui est incompatible avec l'explication de la thèse du « déplacement » offerte par le D^r Shone. Selon le D^r Shone, c'est l'application de la deuxième branche du forceps qui exige une manipulation de la tête du bébé créant un espace assez grand pour que le cordon ombilical se retrouve coincé et soit ultérieurement compressé par les contractions utérines. La juge Holmes a reconnu que le témoignage du D^r Johnston était incompatible avec la thèse du « déplacement ». Elle a toutefois expliqué qu'elle rejetait le témoignage du D^r Johnston parce qu'il ne se souvenait pas très bien des faits et qu'elle retenait plutôt le souvenir de la D^{re} LeGresley que le D^r Johnston avait appliqué les deux branches du forceps avant d'abandonner la méthode d'accouchement par forceps.

[38] Dr. Johnston also testified that, contrary to Drs. Shone and Farquharson's "displacement" theory, applying both forceps blades would not create sufficient space for the umbilical cord to slip and become trapped. He also adduced evidence of other possible causes of umbilical cord obstruction, including a short, kinked or nuchal cord (where the umbilical cord is wrapped around the baby's neck).

[39] Faced with this conflicting expert testimony on the feasibility of the "displacement" theory and evidence of other potential causes, it was incumbent upon Holmes J. to weigh the evidence before her and determine whether Cassidy had proven causation on a balance of the probabilities. Holmes J. ultimately concluded that Cassidy did satisfy this burden for three reasons. First, as already described, Drs. Shone and Farquharson's testimony regarding the physical effects and distortions of labour contractions, as well as the timing of the steps leading up to a cord compression, were consistent with what occurred here. Second, multiple experts testified that mid-level forceps procedures are potentially dangerous and carry the risk of acute cord compression. Third, the close proximity in time of the forceps attempt and the bradycardia supported the conclusion that the forceps attempt was connected to the cord compression. As a result, Holmes J. concluded that, although she could not be *certain* of the precise mechanics leading to cord compression, "[t]he only reasonable inference from all the evidence is that the mid-forceps attempt likely caused the cord compression that in turn caused the bradycardia" (para. 135).

[40] There was no palpable and overriding error in this conclusion. It was open to Holmes J. to accept Drs. Shone and Farquharson's testimony regarding the displacement theory over Dr. Johnston's testimony. It was also open to her to conclude that the

[38] Le D^r Johnston a également affirmé dans son témoignage que, contrairement à la thèse du « déplacement » des D^{rs} Shone et Farquharson, l'application des deux branches du forceps ne créerait pas un espace suffisant pour que le cordon ombilical puisse glisser et se retrouver coincé. Il a également présenté la preuve d'autres causes possibles de l'obstruction du cordon ombilical, par exemple un cordon court, entortillé ou enroulé autour du cou du bébé.

[39] Devant ce témoignage d'expert contradictoire quant à la validité de la thèse du « déplacement » et la preuve d'autres causes possibles de l'obstruction, la juge Holmes devait apprécier la preuve dont elle était saisie et déterminer si Cassidy avait prouvé le lien de causalité selon la prépondérance des probabilités. La juge Holmes a finalement conclu que Cassidy s'était acquittée de ce fardeau, et ce, pour trois raisons. Premièrement, comme nous l'avons déjà vu, les témoignages des D^{rs} Shone et Farquharson concernant les effets physiques et les distorsions occasionnés par les contractions et le déroulement des étapes menant à une compression du cordon concordaient avec ce qui s'est passé en l'espèce. Deuxièmement, de nombreux experts ont affirmé dans leur témoignage que la méthode d'accouchement par forceps moyen comporte des risques, notamment un risque de compression aiguë du cordon ombilical. Troisièmement, le court intervalle entre la tentative d'accouchement par forceps et la bradycardie étayait la conclusion selon laquelle il y avait un lien entre cette tentative et la compression du cordon ombilical. Par conséquent, la juge Holmes a conclu que, bien qu'elle ne puisse pas savoir avec *certitude* ce qui a précisément causé la compression du cordon ombilical, [TRADUCTION] « [I]a seule conclusion raisonnable que l'on puisse tirer de l'ensemble de la preuve est que la tentative d'accouchement par forceps moyen a probablement causé la compression du cordon qui a entraîné la bradycardie » (par. 135).

[40] Cette conclusion ne renferme aucune erreur manifeste et dominante. La juge Holmes pouvait retenir les témoignages des D^{rs} Shone et Farquharson à propos de la thèse du déplacement plutôt que celui du D^r Johnston. Le court

close proximity in time between the forceps attempt and the bradycardia, combined with the well-recognized risk of bradycardia associated with mid-level forceps deliveries, supported a finding of causation in this case.

C. Did the Trial Judge Err by Concluding That Dr. Johnston's Failure to Arrange for "Immediately Available" Surgical Back-up Caused Cassidy's Injury?

[41] As we have described, the trial judge found that Dr. Johnston failed to meet the standard of care applicable to mid-level forceps procedures because he failed to arrange for surgical back-up that would be immediately available to deliver Cassidy by C-section upon the onset of bradycardia. Dr. Johnston does not dispute that he breached the standard of care. He argues that the trial judge erred in finding causation because Cassidy failed to show that her injury would have been avoided if he had satisfied the standard of care. As we explain below, the trial judge did not err. She found that the standard of care required Dr. Johnston to take reasonable precautions that would have been responsive to the recognized risk of bradycardia and the severe damage to the baby that results when bradycardia persists. The evidence shows that Dr. Johnston did not take such precautions and, in our view, the trial judge made no error in finding that Dr. Johnston's failure to have back-up immediately available caused Cassidy's injury.

[42] Although the ultimate issue before us is causation, the dispute here turns on a proper understanding of the "immediately available" standard of care set forth by the trial judge. Dr. Johnston's argument is straightforward. He argues that the standard of care contemplated by the trial judge required only that he ensure prior to the forceps procedure that the anaesthetist, Dr. Boldt, was not in another surgery and was

intervalle entre la tentative d'accouchement par forceps et la bradycardie, combiné au risque notoire que l'accouchement par forceps cause une bradycardie, permettait à la juge Holmes de conclure à l'existence d'un lien de causalité.

C. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'omission du D^r Johnston de veiller à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit « disponible sans délai » a causé les lésions subies par Cassidy?

[41] Comme nous l'avons indiqué, la juge de première instance a conclu que le D^r Johnston n'avait pas respecté la norme de diligence applicable à la méthode d'accouchement par forceps moyen en ne veillant pas à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai pour mettre Cassidy au monde par césarienne en cas de bradycardie. Le D^r Johnston ne nie pas avoir contrevenu à la norme de diligence. Il prétend toutefois que la juge de première instance a commis une erreur en concluant que le lien de causalité était établi, parce que Cassidy n'avait pas démontré que ses lésions auraient été évitées s'il avait respecté la norme de diligence. Comme nous l'expliquons plus loin, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur. Selon elle, la norme de diligence exigeait que le D^r Johnston prenne des précautions raisonnables pour parer au risque reconnu de bradycardie et aux lésions graves causées au bébé par une bradycardie prolongée. La preuve montre que le D^r Johnston n'a pas pris de telles précautions et, à notre avis, la juge de première instance ne s'est pas trompée en concluant que son omission de veiller à ce qu'une équipe de secours soit disponible sans délai a causé les lésions subies par Cassidy.

[42] Bien que la question ultime que nous devons trancher soit celle du lien de causalité, le débat porte ici sur ce qu'il faut entendre par être « disponible sans délai » selon la norme énoncée par la juge de première instance. L'argument du D^r Johnston est simple. Il soutient que la norme de diligence envisagée par la juge de première instance l'obligeait simplement à s'assurer que le D^r Boldt, l'anesthésiste, n'était pas occupé à une

instead standing by to assist in the event of bradycardia. Dr. Johnston concedes that had he delivered Cassidy within approximately 10 minutes, her injury could have been completely avoided, but argues that Dr. Boldt's presence alone would not have made a difference in the time it took to deliver Cassidy. The delivery still would have taken 18 minutes from the onset of bradycardia and, thus, Cassidy's injury would not have been avoided. He supports his argument by pointing to evidence in the record indicating that it took approximately 13 minutes to confirm the drop in Cassidy's fetal heart rate, move Mrs. Ediger to the operating room and get her ready for surgery. At that point, just as Mrs. Ediger was ready for surgery, Dr. Boldt arrived to anaesthetize her and Cassidy was born five minutes later. According to Dr. Johnston, there is no evidence that Cassidy would have been delivered faster if Dr. Boldt had arrived earlier and, thus, Cassidy failed to establish that the failure to have Dr. Boldt standing by caused her injury.

[43] We accept Dr. Johnston's submission that the record does not establish that Cassidy would have been delivered faster had Dr. Boldt arrived earlier than he did. Accordingly, it would have been a palpable error for the trial judge to find that Dr. Boldt's initial absence, on its own, caused Cassidy's injury. But we do not think that this accurately represents the trial judge's finding.

[44] The problem with the standard of care, as interpreted by Dr. Johnston, is that it would be unresponsive to the risk in question and potential harm arising from it. Dr. Johnston reads the trial judge's reasons to say, in response to the risk of bradycardia, that he was required to have an anaesthetist standing by. At the same time, he submits that having an anaesthetist standing by would make no material difference in the ability to respond to bradycardia. As Dr. Johnston's counsel conceded at oral argument, Dr. Johnston's interpretation of the "immediately available" standard of care would mean that the attending

autre chirurgie et qu'il était prêt à intervenir en cas de bradycardie. Le D^r Johnston reconnaît que, s'il avait mis Cassidy au monde en 10 minutes environ, les lésions qu'elle a subies auraient pu être complètement évitées, mais il affirme que la présence du D^r Boldt n'aurait, à elle seule, rien changé au temps nécessaire pour mettre Cassidy au monde. Il se serait quand même écoulé 18 minutes entre le début de la bradycardie et la naissance de Cassidy, de sorte que les lésions qu'elle a subies n'auraient pas été évitées. Pour étayer son argument, il souligne la preuve au dossier selon laquelle il a fallu environ 13 minutes pour confirmer la baisse de la fréquence cardiaque de Cassidy, transporter M^{me} Ediger dans la salle d'opération et la préparer pour la chirurgie. À ce moment, à l'instant même où M^{me} Ediger était prête pour la chirurgie, le D^r Boldt est arrivé et l'a anesthésiée. Cassidy est née cinq minutes plus tard. Selon le D^r Johnston, aucune preuve n'établit que Cassidy serait née plus tôt si le D^r Boldt était arrivé plus rapidement ni, par conséquent, que l'omission de veiller à ce que le D^r Boldt soit prêt à intervenir lui a causé des lésions.

[43] Nous retenons l'argument du D^r Johnston selon lequel la preuve au dossier ne démontre pas que la mère de Cassidy aurait accouché plus tôt si le D^r Boldt était arrivé plus rapidement. Par conséquent, la juge de première instance aurait commis une erreur manifeste en concluant que l'absence initiale du D^r Boldt, en soi, a causé les lésions subies par Cassidy. Nous croyons cependant que ce n'est pas la conclusion à laquelle la juge de première instance est arrivée.

[44] Le problème que pose la norme de diligence, telle que l'interprète le D^r Johnston, tient au fait qu'elle ne pare pas au risque en cause et au préjudice pouvant en découler. Selon le D^r Johnston, les motifs de la juge de première instance l'obligeaient à veiller à ce qu'un anesthésiste soit prêt à intervenir pour parer au risque de bradycardie. Il ajoute néanmoins que le fait qu'un anesthésiste soit prêt à intervenir ne modifierait pas de façon appréciable la capacité de réagir à la bradycardie. Comme l'avocat du D^r Johnston l'a reconnu dans sa plaidoirie, l'interprétation proposée par le D^r Johnston de la norme de l'équipe médicale « disponible sans

physician would *never* be liable for breaching the standard where fetal bradycardia results and leads to debilitating injury.

[45] We read the trial judge's reasons differently. Considering them in their context, and in light of the facts and evidence adduced in this case, we have no difficulty concluding that the trial judge contemplated a standard of care that would have been responsive to the recognized risk of fetal bradycardia associated with mid-level forceps deliveries. That standard of care required Dr. Johnston to take reasonable precautions such that Cassidy could have been delivered without injury upon the occurrence of bradycardia. It did not allow him to disregard that risk, as he did here.

[46] The primary dispute at trial was whether the standard of care required a mid-level forceps attempt to be performed with a double setup. As indicated, the expert testimony at trial established that, with a double setup, the forceps procedure is performed in an operating room with an anaesthetist and operating room staff standing by and all of the materials prepped for use. If the forceps procedure fails, the mother's legs are lowered, her abdomen is painted and the baby is delivered by C-section. In such circumstances, full delivery takes two to five minutes upon a failed forceps attempt.

[47] As Holmes J. recognized, the undisputed evidence at trial was that a baby begins to suffer injury approximately 10 minutes from the onset of bradycardia. Dr. Alfonso Solimano, a specialist in neonatology, testified that if a baby is delivered before the 10-minute mark, the chances are very high that the baby will be born unharmed. It follows that with a double setup delivery, damage should be avoided.

délat » signifierait que le médecin traitant ne pourrait *jamaïs* être tenu responsable pour ne pas avoir respecté cette norme lorsqu'une bradycardie fœtale en résulte et cause un préjudice débilant.

[45] Nous interprétons différemment les motifs de la juge de première instance. Compte tenu du contexte et au vu des faits et de la preuve produite en l'espèce, nous n'avons aucun mal à conclure que la juge de première instance envisageait une norme de diligence qui aurait paré au risque notoire de bradycardie fœtale lié à un accouchement par forceps moyen. Cette norme de diligence exigeait que le D^r Johnston prenne des précautions raisonnables pour que Cassidy puisse naître sans subir de lésions en cas de bradycardie. Elle ne l'auto-risait pas à faire fi de ce risque comme il l'a fait.

[46] Le principal point en litige au procès était de savoir si la norme de diligence applicable interdisait une tentative d'accouchement par forceps moyen en l'absence de doubles préparatifs. Comme nous l'avons déjà mentionné, les témoignages d'expert produits au procès ont établi que la mise en œuvre de doubles préparatifs signifie que l'accouchement par forceps a lieu dans une salle d'opération où un anesthésiste et une équipe chirurgicale sont prêts à intervenir et où tout le matériel nécessaire a été préparé. Si la tentative d'accouchement par forceps échoue, on abaisse les jambes de la mère, on lui badigeonne l'abdomen avec un antiseptique et on procède à l'accouchement par césarienne. Dans cette situation, un accouchement complet prend de deux à cinq minutes après la tentative échouée d'accouchement par forceps.

[47] Comme la juge Holmes l'a reconnu, la preuve non contestée soumise au procès a établi que le bébé commence à subir des lésions environ 10 minutes après le début de la bradycardie. Le D^r Alfonso Solimano, un spécialiste en médecine néonatale, a affirmé dans son témoignage que, si le bébé naît dans cet intervalle de 10 minutes, il est fort probable qu'il ne subira aucune lésion. Par conséquent, avec la mise en œuvre de doubles préparatifs pour l'accouchement, aucune lésion ne devrait survenir.

[48] Despite the evidence presented at trial that all hospitals providing obstetrical care have the ability to provide double setups, and that such arrangements are commonplace for mid-level forceps deliveries, the trial judge rejected Cassidy's argument that the standard of care necessarily required a double setup. After giving consideration to the costs and risks involved, she found that the standard of care was more flexible, requiring only that surgical back-up be "immediately available", consistent with the guidelines of the Society of Obstetricians and Gynaecologists of Canada.

[49] Although it is more flexible in that it does not contemplate the two-to-five minute delay for delivery provided by a double setup, the "immediately available" standard of care endorsed by the trial judge nonetheless requires that the attending physician take precautions that are responsive to the risk of persistent fetal bradycardia resulting from the mid-level forceps procedure. That the standard of care was tied to the risk and harm posed by the forceps procedure is evident from the trial judge's reasons. At the outset, for instance, the trial judge summarizes her reasons by stating: "Minutes mattered, and because of Dr. Johnston's failure to ensure that surgical back-up was reasonably available, the damage was done before Cassidy could be delivered by Caesarean section and resuscitated. Cassidy's claim in negligence is proven" (para. 9 (emphasis added)). Later, in assessing causation, the trial judge reiterated:

. . . minutes mattered, and with the passage of time Cassidy's bradycardia had done its damage. Had back-up been available even five to ten minutes more quickly, most — possibly even all — of Cassidy's injuries could have been avoided. Dr. Alfonso Solimano,

[48] Malgré la preuve présentée au procès établissant que tous les hôpitaux qui prodiguent des soins obstétricaux sont en mesure de mettre en œuvre de doubles préparatifs et qu'il est fréquent qu'on prenne cette précaution pour un accouchement par forceps moyen, la juge de première instance a rejeté l'argument de Cassidy selon laquelle la norme de diligence applicable exige la mise en œuvre de doubles préparatifs. Après avoir pris en considération les coûts et les risques en cause, elle a conclu que la norme de diligence applicable était plus souple que la norme des doubles préparatifs, exigeant seulement qu'une équipe chirurgicale de secours soit « disponible sans délai », conformément aux directives cliniques de la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada.

[49] Bien qu'elle soit plus souple que la norme des doubles préparatifs parce qu'elle ne vise pas, comme elle, un accouchement dans un délai de deux à cinq minutes, la norme de diligence de l'équipe médicale « disponible sans délai » confirmée par la juge de première instance exige néanmoins que le médecin traitant prenne des précautions pour parer au risque de bradycardie fœtale prolongée imputable à la méthode d'accouchement par forceps moyen. Il ressort clairement des motifs de la juge de première instance que la norme de diligence était liée au risque et au préjudice associés à la méthode d'accouchement par forceps. Dès le début, par exemple, la juge de première instance résume ses motifs en déclarant ce qui suit : [TRADUCTION] « Les minutes comptaient, et comme le D^r Johnston n'avait pas veillé à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit raisonnablement disponible, le mal était fait avant que Cassidy puisse naître par césarienne et être réanimée. Cassidy a établi le bien-fondé de sa demande fondée sur la négligence » (par. 9 (nous soulignons)). Ensuite, en évaluant le lien de causalité, la juge de première instance a réaffirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . les minutes comptaient et, avec le temps, la bradycardie de Cassidy avait fait ses ravages. Si l'équipe de secours avait été disponible cinq à dix minutes plus tôt, la majorité — voire la totalité — des lésions subies par Cassidy auraient pu être évitées.

specialist in neonatology, testified that, according to undisputed clinical opinion, injury begins in most cases at ten minutes from the onset of bradycardia; with delivery within ten minutes, chances are very high that the baby will be uninjured. [para. 138]

The trial judge also recognized that although she did not find that the standard of care mandated a double setup, the fact that “a sizable portion of the relevant medical community” concluded that the double setup was required underscored the expectation that the reasonable practitioner take precautions to protect against injury (para. 91).

[50] We acknowledge that the trial judge at times referred to a duty to have surgical back-up immediately available and at other times referred to a duty to have inquired into the availability of the anaesthetist. But we must read the trial judge’s reasons in their full context. Doing so, we think the most logical reading of her reasons is that she considered the availability of an anaesthetist to be a component of the broader duty to have surgical back-up immediately available.

[51] It is beyond dispute that Dr. Johnston did not take precautions to ensure that, in the event of bradycardia, Cassidy could have been delivered by C-section without injury. As the trial judge observed, Dr. Johnston took “no steps” before beginning the mid-level forceps procedure to have surgical back-up immediately available even though there was no urgency that precluded him from doing so (para. 94). He did not even inquire into the availability of an anaesthetist. Indeed, Dr. Johnston’s argument before this Court is centered on the premise that, given the arrangements in place at the time he undertook the mid-level forceps procedure, Cassidy could not have been delivered less than 18 minutes from the onset of bradycardia, long after severe injury

Le Dr Alfonso Solimano, un spécialiste en médecine néonatale, a affirmé dans son témoignage que, selon une opinion clinique non contestée, dans la majorité des cas, les lésions commencent à se produire dix minutes après le début de la bradycardie; si le bébé naît avant que ce délai de dix minutes ne soit écoulé, il est fort probable qu’il ne subira aucune lésion. [par. 138]

La juge de première instance a également reconnu que, même si la norme de diligence n’exigeait pas la mise en œuvre de doubles préparatifs, le fait qu’une « partie importante des membres de la communauté médicale concernée » ait conclu à la nécessité de doubles préparatifs confirmait que l’on s’attendait à ce que le praticien raisonnable prenne des précautions pour prévenir les lésions (par. 91).

[50] Nous reconnaissons que la juge de première instance a parlé, tantôt, d’une obligation de veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai et, tantôt, d’une obligation de s’assurer que l’anesthésiste était disponible. Nous devons toutefois examiner ses motifs en tenant compte de leur contexte global. Après les avoir examinés ainsi, nous estimons que, selon leur interprétation la plus logique, la juge de première instance considérait la disponibilité d’un anesthésiste comme un élément de l’obligation plus large de veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai.

[51] Il ne fait aucun doute que le Dr Johnston n’a pris aucune précaution pour que, en cas de bradycardie, Cassidy puisse être mise au monde par césarienne sans subir de lésion. Comme la juge de première instance l’a fait remarquer, le Dr Johnston n’a [TRADUCTION] « rien fait » avant de commencer l’accouchement par forceps moyen pour qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai, alors qu’aucune urgence ne l’empêchait de prendre cette précaution (par. 94). Il n’a même pas vérifié si un anesthésiste était disponible. En fait, l’argumentation du Dr Johnston devant la Cour est axée sur la prémisse voulant que, compte tenu de la situation au moment où il a commencé l’accouchement par forceps moyen, Cassidy n’aurait pas pu être mise au monde moins

would have been all but guaranteed. That, as the trial judge found, fell below the standard of care.

[52] We do not suggest that a standard of care must prevent injury in all circumstances, at all costs. Here, we simply interpret and apply the standard of care determined by the trial judge, which was specific to the facts before the court.

[53] In sum, although Holmes J. did not find that the standard of care at the time of Cassidy's birth required Dr. Johnston to proceed with a double setup, she also did not find that the standard of care permitted Dr. Johnston to act in a manner that disregarded the recognized risk of bradycardia associated with a mid-level forceps rotation. Dr. Johnston was required, before he initiated the forceps procedure, to take reasonable precautions that would have been responsive to the recognized risk of bradycardia and the injury that results if bradycardia persists for more than 10 minutes. Because it is undisputed that Dr. Johnston failed to take these precautions, which would have resulted in a faster delivery and likely prevented injury from bradycardia, the trial judge's causation finding is sound.

D. *Did the Trial Judge Err by Concluding That Dr. Johnston's Failure to Advise Mrs. Ediger of the Material Risks of a Mid-level Forceps Procedure Caused Cassidy's Injury?*

[54] Having upheld the trial judge's finding that Dr. Johnston's breach of the duty to have surgical back-up immediately available caused Cassidy's injury, we need not consider whether Dr. Johnston's breach of the duty to obtain Mrs. Ediger's informed consent caused Cassidy's injury. As we will explain, however, the trial judge's informed consent

de 18 minutes après le début de la bradycardie, soit bien après qu'elle ait presque assurément subi de graves lésions. La juge de première instance a estimé que ces faits ne satisfaisaient pas à la norme de diligence.

[52] Nous ne prétendons pas qu'une norme de diligence doit empêcher qu'un préjudice survienne en toutes circonstances et à tout prix. Nous ne faisons qu'interpréter et appliquer la norme de diligence énoncée par la juge de première instance en fonction de la situation factuelle précise dont elle était saisie.

[53] En résumé, bien que la juge Holmes n'ait pas conclu que la norme de diligence applicable au moment où Cassidy est née exigeait la mise en œuvre de doubles préparatifs par le D^r Johnston, elle n'a pas conclu non plus qu'elle lui permettait d'agir sans tenir compte du risque notoire de bradycardie associé à une rotation avec forceps moyen. Le D^r Johnston devait, avant d'entreprendre l'accouchement par forceps, prendre des précautions raisonnables pour parer au risque notoire de bradycardie et aux lésions causées par une bradycardie de plus de 10 minutes. Comme il n'est pas contesté que le D^r Johnston a omis de prendre ces précautions, qui auraient permis à Cassidy de naître plus tôt et lui auraient vraisemblablement évité les lésions causées par la bradycardie, la conclusion tirée par la juge de première instance concernant le lien de causalité est bien fondée.

D. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'omission du Dr Johnston d'informer M^{me} Ediger des risques importants associés à la méthode d'accouchement par forceps moyen a causé les lésions subies par Cassidy?*

[54] Comme nous avons confirmé la validité de la conclusion de la juge de première instance selon laquelle le manquement du D^r Johnston à son obligation de veiller à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai a causé les lésions subies par Cassidy, nous n'avons pas à décider si le manquement du D^r Johnston

analysis further confirms the implausibility of the “immediately available” standard advanced by Dr. Johnston.

[55] The trial judge concluded that Dr. Johnston had a duty to obtain Mrs. Ediger’s informed consent before proceeding with the forceps delivery. As part of that duty, Dr. Johnston was required to inform Mrs. Ediger of the material risks associated with the procedure, including the risk of persistent bradycardia. These conclusions are not challenged before this Court.

[56] In analyzing whether the failure to obtain informed consent caused Cassidy’s injury, the trial judge did not make a finding as to whether Mrs. Ediger, properly advised of the risks, would have foregone the forceps delivery altogether in favour of a C-section. She acknowledged that there was conflicting evidence on this point. In particular, the evidence established that “Mrs. Ediger’s primary concerns throughout her pregnancy and delivery were for the health of her baby”, from which the trial judge had “no doubt” that “Mrs. Ediger would have undertaken a risk to herself in order to avoid a risk to the baby” (para. 166). In addition, there was some expert testimony that a prospective mother, properly advised of the risks, would opt for a C-section. However, Dr. Johnston testified that in his experience, patients advised of the risks would nevertheless opt for a forceps delivery.

[57] The trial judge found it unnecessary to decide whether Mrs. Ediger would have completely foregone the forceps delivery because she found that, at the very least, Mrs. Ediger, properly informed that surgical back-up was not immediately available to deliver Cassidy in the event

à l’obligation d’obtenir le consentement éclairé de M^{me} Ediger les a causées. Toutefois, comme nous le verrons, l’analyse faite par la juge de première instance du consentement éclairé confirme également l’invraisemblance de l’interprétation faite par le D^r Johnston de la norme d’une équipe chirurgicale « disponible sans délai ».

[55] La juge de première instance a conclu que le D^r Johnston devait obtenir le consentement éclairé de M^{me} Ediger avant de procéder à l’accouchement par forceps. Pour s’acquitter de cette obligation, le D^r Johnston devait notamment informer M^{me} Ediger des risques importants associés à cette méthode, qui incluait le risque de bradycardie prolongée. Ces conclusions ne sont pas contestées devant la Cour.

[56] En analysant la question de savoir si l’omission d’obtenir un consentement éclairé a causé les lésions subies par Cassidy, la juge de première instance n’a tiré aucune conclusion quant à savoir si M^{me} Ediger, si elle avait été correctement informée des risques, aurait renoncé complètement à l’accouchement par forceps et aurait choisi un accouchement par césarienne. Elle a reconnu que la preuve sur ce point était contradictoire. La preuve établissait notamment que [TRADUCTION] « [t]out au long de sa grossesse et de son accouchement, la première préoccupation de M^{me} Ediger était la santé de son bébé » et, pour cette raison, la juge de première instance était « certaine » que « M^{me} Ediger aurait pris des risques pour sa propre santé afin d’éviter tout risque pour la santé du bébé » (par. 166). De plus, certains témoignages d’expert révèlent qu’une future mère, bien informée des risques, choisirait d’accoucher par césarienne. Toutefois, le D^r Johnston a affirmé dans son témoignage que, selon son expérience, les patientes informées des risques choisissaient en général quand même un accouchement par forceps.

[57] La juge de première instance a jugé inutile de décider si M^{me} Ediger aurait complètement renoncé à l’accouchement par forceps, parce qu’elle a conclu que M^{me} Ediger, si elle avait été correctement informée du fait qu’aucune équipe chirurgicale de secours n’était disponible sans délai pour mettre

that complications arose, would have opted to wait until Dr. Johnston had arranged for such back-up.

[58] The trial judge's approach to the informed consent question is incompatible with Dr. Johnston's submission that his duty to have back-up surgical staff "immediately available" required him only to confirm that an anaesthetist was present and unoccupied in the hospital, with no further precautions. As we have explained, under Dr. Johnston's version of the "immediately available" standard of care, it would not have been possible to deliver Cassidy in less than 18 to 20 minutes, thereby making severe brain damage a virtual certainty upon realization of the risk of bradycardia. If such injury were a virtual certainty, Dr. Johnston's duty to obtain informed consent would have included the duty to advise Mrs. Ediger that proceeding with the mid-level forceps delivery included the risk of bradycardia, and that in the event that that risk materialized, her baby would necessarily be born with severe and permanent brain damage because of the time required to arrange for surgical back-up. Alternatively, she could proceed with a C-section, which primarily poses risks to the mother. If Dr. Johnston were correct about the standard of care, we are confident that the trial judge — who recognized that Mrs. Ediger's "primary concern" was the health of her baby and found "no doubt" that "Mrs. Ediger would have undertaken a risk to herself in order to avoid a risk to the baby" (para. 166) — would have concluded that Mrs. Ediger would have foregone the forceps delivery and opted instead for a C-section. In that case, there would have been no mid-level forceps attempt, no resulting bradycardia, and no harm to Cassidy for that reason.

Cassidy au monde en cas de complications, aurait choisi d'attendre jusqu'à ce que le D^r Johnston ait fait le nécessaire pour qu'une telle équipe soit disponible.

[58] Cette façon dont la juge de première instance a traité la question du consentement éclairé est incompatible avec l'argument du D^r Johnston selon lequel son obligation de veiller à ce qu'une équipe chirurgicale de secours soit « disponible sans délai » exigeait seulement qu'il vérifie si un anesthésiste était présent dans l'hôpital et n'était pas occupé. Comme nous l'avons déjà expliqué, la version de la norme de diligence d'une équipe médicale « disponible sans délai » proposée par le D^r Johnston n'aurait pas permis de mettre Cassidy au monde en moins de 18 ou 20 minutes, de sorte qu'elle aurait presque inmanquablement subi de graves lésions cérébrales si le risque de bradycardie s'était concrétisé. Dans le cas où de telles lésions seraient presque inmanquablement survenues, l'obligation du D^r Johnston d'obtenir un consentement éclairé aurait compris l'obligation d'informer M^{me} Ediger du fait que la méthode d'accouchement par forceps moyen comportait un risque de bradycardie et que, si ce risque se concrétisait, son bébé naîtrait nécessairement avec de graves lésions cérébrales permanentes en raison du temps requis pour constituer une équipe chirurgicale de secours. Elle aurait pu choisir plutôt un accouchement par césarienne, qui comporte surtout des risques pour la mère. Si l'interprétation de la norme de diligence proposée par le D^r Johnston était juste, nous sommes persuadés que la juge de première instance — qui a reconnu que la [TRADUCTION] « première préoccupation » de M^{me} Ediger était la santé de son bébé et qui était « certaine » que « M^{me} Ediger aurait pris des risques pour sa propre santé afin d'éviter tout risque pour la santé du bébé » (par. 166) — aurait conclu que M^{me} Ediger aurait renoncé à l'accouchement par forceps et aurait choisi l'accouchement par césarienne. Dans ce cas, aucune tentative d'accouchement par forceps moyen n'aurait été faite, aucune bradycardie n'en aurait résulté et Cassidy n'aurait subi aucune lésion pour cette raison.

[59] This rather obvious incompatibility between the “immediately available” standard of care advanced by Dr. Johnston and the trial judge’s actual reasons provides further support for rejecting Dr. Johnston’s conception of the “immediately available” standard.

IV. Conclusion

[60] In sum, the trial judge did not err by finding that Dr. Johnston’s failure to have surgical back-up immediately available before attempting the mid-level forceps procedure caused Cassidy’s injury. It follows that there is no basis for interfering with the finding of liability made by the trial judge.

[61] Because the Court of Appeal did not consider the parties’ appeal and cross-appeal on the trial judge’s damages award, the matter is remitted to the Court of Appeal to consider that issue.

[62] The appeal is allowed with costs to Cassidy throughout.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Harper Grey, Vancouver.

[59] Cette incompatibilité plutôt évidente entre l’interprétation faite par le D^r Johnston de la norme de diligence d’une équipe chirurgicale « disponible sans délai » et les véritables motifs de la juge de première instance constitue un motif additionnel de rejeter la conception que propose le D^r Johnston de la norme de diligence d’une équipe chirurgicale « disponible sans délai ».

IV. Dispositif

[60] En résumé, la juge de première instance n’a commis aucune erreur en concluant que l’omission du D^r Johnston de veiller à ce qu’une équipe chirurgicale de secours soit disponible sans délai avant de tenter un accouchement par forceps moyen a causé les lésions subies par Cassidy. Par conséquent, rien ne justifie de modifier la conclusion de responsabilité tirée par la juge de première instance.

[61] Comme la Cour d’appel n’a pas examiné l’appel et l’appel incident des parties sur la question des dommages-intérêts accordés par la juge de première instance, l’affaire est renvoyée à la Cour d’appel pour l’examen de cette question.

[62] Le pourvoi est accueilli avec dépens en faveur de Cassidy devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l’appelante : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs de l’intimé : Harper Grey, Vancouver.

Wayne Penner *Appellant*

v.

Regional Municipality of Niagara Regional Police Services Board, Gary E. Nicholls, Nathan Parker, Paul Koscinski and Roy Federkow *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Urban Alliance on Race Relations, Criminal Lawyers' Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Police Association and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: PENNER v. NIAGARA (REGIONAL POLICE SERVICES BOARD)

2013 SCC 19

File No.: 33959.

2012: January 11; 2013: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Issue estoppel — Administrative law — Police disciplinary proceedings — Complaint alleging police misconduct brought under Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15 (“PSA”) — Civil action for damages arising from same incident also commenced — PSA hearing officer finding no misconduct and dismissing complaint — Motion judge and Court of Appeal exercising discretion to apply issue estoppel to bar civil claims on basis of hearing officer’s decision — Whether public policy rule precluding applicability of issue estoppel to police disciplinary hearings should be created — Whether unfairness arises from application of issue estoppel in this case.

Wayne Penner *Appelant*

c.

Commission régionale de services policiers de la municipalité régionale de Niagara, Gary E. Nicholls, Nathan Parker, Paul Koscinski et Roy Federkow *Intimés*

et

Procureur général de l’Ontario, Alliance urbaine sur les relations interraciales, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association canadienne des policiers et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PENNER c. NIAGARA (COMMISSION RÉGIONALE DE SERVICES POLICIERS)

2013 CSC 19

N° du greffe : 33959.

2012 : 11 janvier; 2013 : 5 avril.

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

Procédure civile — Préclusion découlant d’une question déjà tranchée — Droit administratif — Procédures disciplinaires relatives à la police — Plainte alléguant l’inconduite policière déposée en vertu de la Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« LSP ») — Action civile en réclamation de dommages-intérêts aussi intentée relativement au même incident — Agent d’audience nommé en application de la LSP conclut à l’absence d’inconduite et rejette la plainte — Exercice par le juge des motions et par la Cour d’appel de leur pouvoir discrétionnaire d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour bloquer les demandes civiles compte tenu de la décision de l’agent d’audience — Faudrait-il créer une règle d’intérêt public pour empêcher l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée relativement aux décisions disciplinaires relatives à la police? — L’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée entraîne-t-elle une iniquité en l’espèce?

P was arrested for disruptive behaviour in an Ontario courtroom. He filed a complaint against two police officers under the *Police Services Act* (“PSA”), alleging unlawful arrest and unnecessary use of force. He also started a civil action claiming damages arising out of the same incident. The hearing officer appointed by the Chief of Police under the PSA found the police officers not guilty of misconduct and dismissed the complaint. That decision was reversed on appeal by the Ontario Civilian Commission on Police Services on the basis that the arrest was unlawful. On further appeal, the Ontario Divisional Court concluded that the officers had legal authority to make the arrest and restored the hearing officer’s decision. The police respondents then successfully moved in the Superior Court of Justice to have many of the claims in the civil action struck on the basis of issue estoppel. While finding several factors weighed against the application of issue estoppel, the Ontario Court of Appeal concluded that applying the doctrine would not work an injustice in this case and dismissed P’s appeal.

Held (LeBel, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Fish, Cromwell and Karakatsanis JJ.: It is neither necessary nor desirable to create a rule of public policy excluding police disciplinary hearings from the application of issue estoppel. The doctrine of issue estoppel allows for the exercise of discretion to ensure that no injustice results; it calls for a case-by-case review of the circumstances to determine whether its application would be unfair or unjust even where, as here, the preconditions for its application have been met. There is no reason to depart from that approach. However, in the circumstances of this case, it was unfair to P to apply issue estoppel to bar his civil action on the basis of the hearing officer’s decision. The Court of Appeal erred in its analysis of the significant differences between the purpose and scope of the two proceedings, and failed to consider the reasonable expectations of the parties about the impact of the proceedings on their broader legal rights.

The legal framework governing the exercise of the discretion not to apply issue estoppel is set out in

P a été arrêté parce qu’il aurait eu un comportement perturbateur dans une salle d’audience en Ontario. Il a déposé une plainte contre deux agents de police, en vertu de la *Loi sur les services policiers* (« LSP »), pour arrestation illégale et usage de force injustifié. Il a également intenté une action civile en réclamation de dommages-intérêts à l’égard du même incident. L’agent d’audience, nommé en vertu de la LSP par le chef de police, a déclaré les agents de police non coupables d’inconduite et a rejeté la plainte. Cette décision a été infirmée en appel par la Commission civile des services policiers de l’Ontario qui a jugé l’arrestation illégale. Par suite d’un appel supplémentaire, la Cour divisionnaire de l’Ontario a conclu que les agents étaient légalement autorisés à procéder à l’arrestation et a rétabli la décision de l’agent d’audience. Les policiers intimés ont ensuite eu gain de cause devant la Cour supérieure de justice à qui ils demandaient la radiation de plusieurs des demandes de l’action civile par application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Tout en concluant que plusieurs facteurs militaient contre l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que l’application de la doctrine n’emporterait pas d’injustice en l’espèce et a rejeté l’appel de P.

Arrêt (les juges LeBel, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Cromwell et Karakatsanis : Il n’est ni nécessaire ni souhaitable de créer une règle d’intérêt public qui exclurait de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée les cas résultant d’audiences disciplinaires de la police. La doctrine de la préclusion invite les cours à exercer leur pouvoir discrétionnaire pour éviter l’injustice; elle appelle un examen au cas par cas des circonstances pour déterminer s’il résulterait une iniquité ou une injustice de son application même si, comme en l’espèce, les conditions de son application sont réunies. Il n’y a aucune raison de s’écarter de cette approche. Toutefois, dans les circonstances de l’espèce, il était injuste envers P d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour bloquer son action civile sur le fondement de la décision de l’agent d’audience. La Cour d’appel a commis une erreur dans son analyse relative aux différences importantes entre les deux instances sur les plans de l’objet et de la portée et elle n’a pas tenu compte des attentes raisonnables des parties relativement à l’incidence des instances sur leurs droits en général.

Le cadre juridique qui régit l’exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant

Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc., 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460. This framework has not been overtaken by this Court's subsequent jurisprudence. While finality is important both to the parties and to the judicial system, unfairness in applying issue estoppel may nonetheless arise. First, the prior proceedings may have been unfair. Second, even where the prior proceedings were conducted fairly, it may be unfair to use the results of that process to preclude the subsequent claim, for example, where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings. The text and purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations in relation to the scope and effect of the administrative proceedings. They guide how and to what extent the parties participate in the process. Where the legislative scheme contemplates multiple proceedings and the purposes of those proceedings are widely divergent, the application of the doctrine might not only upset the parties' legitimate and reasonable expectations but may also undermine the efficacy and policy goals of the administrative proceedings, by either encouraging more formality and protraction or discouraging access to the administrative proceedings altogether. These considerations are also relevant to weighing the procedural safeguards available to the parties. A decision whether to take advantage of those procedural protections available in the prior proceeding cannot be divorced from the party's reasonable expectations about what is at stake in those proceedings or the fundamentally different purposes between them. The connections between the relevant considerations must be viewed as a whole.

In this case, the disciplinary hearing was itself fair and P participated in a meaningful way; however, the Court of Appeal failed to fully analyze the fairness of using the results of that process to preclude P's civil action. Nothing in the legislative text gives rise to an expectation that the disciplinary hearing would be conclusive of P's legal rights in his civil action: the standards of proof required, and the purposes of the two proceedings, are significantly different; and, unlike a civil action, the disciplinary process provides no remedy or costs for the complainant. Another important policy consideration arises in this case: the risk of adding to the complexity and length of administrative proceedings by attaching undue weight to their results through applying issue estoppel. P could have participated more fully by hiring counsel, however that would also have meant that the officers would effectively have been forced to face

d'une question déjà tranchée est énoncé dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460. Ce cadre n'a pas été supplanté par la jurisprudence subséquente de la Cour. S'il est vrai que le caractère définitif des décisions est important tant pour les parties que pour le système judiciaire, l'application de la préclusion peut tout de même engendrer une iniquité. Premièrement, l'instance antérieure a pu être inéquitable. Deuxièmement, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste, il pourrait néanmoins se révéler injuste d'opposer l'issue de la décision en résultant à toute action ultérieure. Par exemple, ce peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement. Le libellé et l'objet du régime législatif définissent les attentes raisonnables des parties quant à la portée et à l'effet de l'instance administrative. Ils définissent le rôle des parties dans le déroulement de l'instance et l'étendue de leur apport. Lorsque le régime législatif prévoit des instances multiples dont les objets sont fort différents, l'application de la doctrine risque non seulement de bouleverser les attentes légitimes et raisonnables des parties, mais aussi de nuire à l'efficacité et aux objectifs d'intérêt général du régime administratif, en favorisant le formalisme et les lenteurs, ou en décourageant complètement l'exercice d'un recours administratif. Ces considérations sont également pertinentes pour évaluer les garanties procédurales dont jouissent les parties. La décision d'une partie de se prévaloir ou non des garanties procédurales propres à l'instance antérieure ne saurait être examinée sans que le soient également ses attentes raisonnables quant aux enjeux ou aux objets fondamentalement différents des deux types d'instances. Il convient d'analyser les liens entre les considérations pertinentes à la lumière de l'ensemble.

En l'espèce, l'audience disciplinaire était équitable et P a participé utilement au processus. Toutefois, la Cour d'appel n'a pas analysé de manière exhaustive la question de savoir s'il serait équitable d'opposer l'issue de cette procédure à l'action civile intentée par P. Le texte législatif ne comporte aucun élément susceptible de donner naissance à une attente raisonnable que l'audience disciplinaire soit concluante quant aux droits que P pourrait faire valoir dans le cadre d'une action civile : les normes de preuve exigée et l'objet des deux différentes procédures sont considérablement différents et, contrairement à l'action civile, le processus disciplinaire ne prévoit ni réparation ni dépens en faveur du plaignant. Une autre considération importante d'intérêt public se soulève en l'espèce, à savoir le risque de complexité et de longueur accrues des instances administratives du fait qu'une importance excessive soit accordée à leur issue par l'application

two prosecutors rather than one. This would enhance neither the efficacy nor the fairness to the officers in a disciplinary hearing and potential complainants may not come forward with public complaints in order to avoid prejudicing their civil actions. These are important considerations and the Court of Appeal did not take them into account in assessing the weight of other factors, such as P's status as a party and the procedural protections afforded by the administrative process. Finally, the application of issue estoppel had the effect of using the decision of the Chief of Police's designate to exonerate the Chief in the civil claim and is therefore a serious affront to basic principles of fairness.

Per LeBel, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The doctrine of issue estoppel seeks to protect the finality of litigation by precluding the relitigation of issues that have been conclusively determined in a prior proceeding. The finality of litigation is a fundamental principle assuring the fairness and efficacy of the justice system in Canada. The doctrine of issue estoppel seeks to protect the reasonable expectation of litigants that they can rely on the outcome of a decision made by an authoritative adjudicator, regardless of whether that decision was made in the context of a court or an administrative proceeding. In applying issue estoppel in the context of administrative adjudicative bodies, differences in the process or procedures used by the administrative tribunal, including procedures that do not mirror traditional court procedures, should not be used as an excuse to override the principle of finality. The purposes and procedures may vary, but the principle of finality should be maintained.

The applicable approach to issue estoppel in the context of prior administrative proceedings was most recently articulated by this Court in 2011 in *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422. This is the precedent that governs the application of the doctrine in this case. The key relevant aspect of this precedent is that it moved away from the approach to issue estoppel taken in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC

de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. P aurait pu participer plus pleinement à l'audience s'il avait retenu les services d'un avocat. Or, cela aurait signifié également que les agents de police se seraient vus obligés de comparaître devant deux poursuivants. Cela ne favoriserait ni l'efficacité de l'audience disciplinaire ni l'équité envers les agents de police. Enfin, des plaignants potentiels pourraient s'abstenir tout simplement de déposer des plaintes pour ne pas compromettre leur action civile. Il s'agit de considérations importantes dont la Cour d'appel n'a pas tenu compte lorsqu'elle a apprécié les autres facteurs telles la participation de P à titre de partie et les garanties procédurales de l'instance administrative. Finalement, l'application de la préclusion a eu pour effet d'utiliser la décision rendue par le délégué du chef de police pour soustraire le chef de police à l'action civile, ce qui choque gravement les principes fondamentaux d'équité.

Les juges LeBel, Abella et Rothstein (dissidents) : La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée vise à protéger le caractère définitif des décisions en empêchant la remise en cause de questions déjà tranchées de manière concluante lors d'une instance antérieure. Le caractère définitif des litiges est un principe fondamental qui garantit l'équité et l'efficacité du système de justice au Canada. La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée vise à protéger l'attente raisonnable des parties quant à leur capacité de se fier au résultat d'une décision rendue par un décideur habilité à trancher, peu importe que la décision ait été prise dans le contexte d'une procédure judiciaire ou d'une procédure administrative. Lorsqu'on applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux entités administratives chargées de trancher des litiges, il est inadmissible d'invoquer les différences entre le processus et les procédures utilisés par ces entités, y compris les procédures qui ne sont pas à l'image celles utilisées par les cours de justice traditionnelles, pour écarter le principe du caractère définitif des décisions. L'objet peut varier d'une instance à l'autre, tout comme les procédures applicables, mais le principe du caractère définitif des litiges doit être maintenu.

La Cour s'est penchée sur cette question le plus récemment en 2011, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422. Ce précédent régit donc l'application de la doctrine en l'espèce. L'élément essentiel pertinent de ce jugement se retrouve dans la distance qu'il a prise par rapport à l'approche préconisée dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, où la Cour avait conclu qu'il

44, [2001] 2 S.C.R. 460, which had held that a different and far wider discretion should apply in the context of administrative tribunals than the “very limited” discretion applied to courts.

The twin principles which underlie the doctrine of issue estoppel — that there should be an end to litigation and that the same party shall not be harassed twice for the same cause — are core principles which focus on achieving fairness and preventing injustice by preserving the finality of litigation. The ultimate goal of issue estoppel is to protect the fairness of finality in decision-making and the avoidance of the relitigation of issues already decided by a decision-maker with the authority to resolve them. As the Court said in *Figliola*, this is the case whether we are dealing with courts or administrative tribunals. An approach that fails to safeguard the finality of litigation undermines these principles and risks uniquely transforming issue estoppel in the case of administrative tribunals into a free-floating inquiry. This revives the *Danyluk* approach that the Court refused to apply in *Figliola*.

This Court’s recent affirmation of the principle of finality underlying issue estoppel in *Figliola* is also crucial to preserving the principles underlying our modern approach to administrative law. The Court’s residual discretion to refuse to apply issue estoppel should not be used to impose a particular model of adjudication in a manner inconsistent with the principles of deference that lie at the core of administrative law. Where an adjudicative tribunal has the authority to make a decision, it would run counter to the principles of deference to uniquely broaden the court’s discretion in a way that would, in most cases, permit an unsuccessful party to circumvent judicial review and turn instead to the courts for a re-adjudication of the merits.

Under the principles set out in *Figliola*, issue estoppel should apply. The difference between the standard of proof required to establish misconduct under the *PSA* and that required in a civil trial is irrelevant in this case. The hearing officer made unequivocal findings that there was virtually no evidence to support P’s claims. That means that there is simply no evidence to support P’s

faut appliquer un pouvoir discrétionnaire différent et beaucoup plus large quant aux décisions des tribunaux administratifs que celui « très limité » qui s’applique quant aux décisions des cours de justice.

Les principes jumeaux qui sous-tendent la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée — soit que tout litige doit avoir une fin et que la même partie ne soit pas harassée deux fois pour la même cause — constituent des principes fondamentaux qui visent avant tout l’atteinte de l’équité et la prévention de l’injustice en préservant le caractère définitif des litiges. L’objectif ultime de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée consiste à protéger l’équité du caractère définitif de la prise de décision et à éviter de nouvelles procédures quant à des questions déjà jugées par un décideur habilité à trancher. Comme la Cour l’a affirmé dans *Figliola*, ce principe tient, peu importe qu’il soit question de cours de justice ou de tribunaux administratifs. Une approche qui ne protège pas le caractère définitif des décisions mine ces principes et risque, en ce qui a trait aux tribunaux administratifs, de transformer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en une enquête dépourvue de tout encadrement. Cela reviendrait à raviver l’approche préconisée dans *Danyluk* que la Cour a refusé d’appliquer dans *Figliola*.

La confirmation récente par la Cour, dans *Figliola*, du principe du caractère définitif sous-jacent à la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est également essentielle pour assurer le respect des principes sous-jacents de notre approche moderne du droit administratif. La Cour ne devrait pas se servir de son pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour imposer un modèle particulier de décision, à l’encontre du principe de déférence qui est au cœur du droit administratif. Lorsqu’un tribunal chargé de trancher des litiges est investi du pouvoir nécessaire de prendre une décision, on contreviendrait aux principes de déférence en élargissant de manière particulière le pouvoir discrétionnaire des cours de justice de telle sorte que, dans la plupart des cas, cela permettrait à la partie perdante de contourner le contrôle judiciaire et de s’adresser plutôt à une cour de justice pour qu’elle se prononce une nouvelle fois sur le fond de l’affaire.

Suivant les principes énoncés dans *Figliola*, la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devrait s’appliquer. La différence entre le fardeau de preuve exigé pour établir une inconduite au sens de la *LSP* et celui dont il faut s’acquitter dans le cadre d’un procès civil n’est pas pertinente en l’espèce. L’agent d’audience a tiré des conclusions de fait non équivoques

claims whatever standard of proof is applied. P should not be allowed to circumvent the clear findings of the hearing officer and put the parties through a duplicative proceeding which would inevitably yield the same result.

The disciplinary hearing conducted by the hearing officer was conducted in accordance with the requirements prescribed by the statute and principles of procedural fairness. The hearing officer's decision was made in circumstances in which P knew the case he had to meet, had a full opportunity to meet it, and lost. Had he won, the hearing officer's decision would have been no less binding and the application of issue estoppel would have assisted him in a subsequent civil action for damages by relieving him of having to prove liability.

Preventing the courts from applying issue estoppel in the context of these disciplinary proceedings means that decisions would not be final or binding and would be open to relitigation and potentially inconsistent results. This would undermine public confidence in the reliability of the complaints process and in the integrity of the administrative decision-making process more broadly.

Nor does the method used to appoint an adjudicator in this case provide a basis for exercising the discretion in a way that precludes the application of issue estoppel. The Chief of Police designated an outside prosecutor and an independent adjudicator. Similar methods of appointment are quite common in other parts of the law and are not seen as an obstacle to independent adjudication. Tenure is not the sole marker and condition of adjudicative independence.

Cases Cited

By Cromwell and Karakatsanis JJ.

Applied: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; **referred to:** *Parker v. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Dunsmuir v.*

selon lesquelles il n'existait virtuellement aucun élément de preuve pour étayer les allégations de P. Il n'y a donc tout simplement aucun élément de preuve pour étayer les allégations de P quelque soit le fardeau de preuve appliqué. P ne devrait pas pouvoir contourner les conclusions claires de l'agent d'audience et faire subir aux parties une nouvelle procédure qui aboutirait inévitablement au même résultat.

L'audience disciplinaire menée par l'agent d'audience s'est déroulée conformément aux exigences de la loi et aux principes de l'équité procédurale. P connaissait le fardeau de preuve qui lui incombait, il a pleinement eu la possibilité d'établir cette preuve et il a été débouté. S'il avait eu gain de cause, la décision de l'agent d'audience aurait lié tout autant les parties et l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lui aurait été utile dans le cadre d'une action civile subséquente en dommages-intérêts en le libérant de l'obligation d'établir le préjudice.

Empêcher les tribunaux d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte de ces procédures disciplinaires signifierait que les décisions ne seraient pas définitives ou ne lieraient pas les parties et qu'elles pourraient être remises en cause et donner lieu à des résultats contradictoires. Cela minerait la confiance du public quant à la fiabilité du processus de plainte et à l'intégrité du processus de prise de décision administrative de manière plus large.

La méthode de nomination de l'arbitre en l'espèce ne devrait pas non plus justifier l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire de manière à refuser d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le chef de police a désigné un poursuivant de l'extérieur et un arbitre indépendant. Des modes de nomination similaires sont plutôt fréquents dans d'autres domaines du droit et ne sont pas considérés comme un obstacle à l'indépendance du processus décisionnel. Le mandat de longue durée n'est pas le seul critère ou la seule condition de l'indépendance du processus décisionnel.

Jurisprudence

Citée par les juges Cromwell et Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; **arrêts mentionnés :** *Parker c. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63,

New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Sharma v. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Burchill v. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII); *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

By LeBel and Abella JJ. (dissenting)

British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Parker v. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257, leave to appeal refused, [1999] 1 S.C.R. xiv; *Revane v. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279; *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv; *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

Statutes and Regulations Cited

O. Reg. 123/98, Part V, Sch., s. 2(1)(g)(i), (ii).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, Part II, Part V, ss. 56, 57, 60(4), 64(1), (7) to (10), 68(1), (5), 69(3), (4), (7), (8), (9), 70(1), 71(1), 76, 80, 83(7), (8), 95.
Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01.
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, ss. 10, 10.1.

[2003] 3 R.C.S. 77; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Sharma c. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Burchill c. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII); *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

Citée par les juges LeBel et Abella (dissidents)

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Parker c. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xiv; *Revane c. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76; *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Boucher c. Stelco Inc.*, 2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279; *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv; *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 10, 10.1.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, partie II, partie V, art. 56, 57, 60(4), 64(1), (7) à (10), 68(1), (5), 69(3), (4), (7), (8), (9), 70(1), 71(1), 76, 80, 83(7), (8), 95.
Règl. de l'Ont. 123/98, partie V, ann., art. 2(1)(g)(i), (ii).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01.

Authors Cited

Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th ed. London: LexisNexis, 2009.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.

LeSage, Patrick J. *Report on the Police Complaints System in Ontario*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Moldaver and Armstrong JJ.A.), 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 688, 267 O.A.C. 259, 325 D.L.R. (4th) 488, 94 C.P.C. (6th) 262, [2010] O.J. No. 4046 (QL), 2010 CarswellOnt 7164, affirming a decision of Fedak J., 2009 CarswellOnt 9420. Appeal allowed, LeBel, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

Julian N. Falconer, Julian K. Roy and Sunil S. Mathai, for the appellant.

Eugene G. Mazzuca, Kerry Nash and Rafal Szymanski, for the respondents.

Malliha Wilson, Dennis W. Brown, Q.C., and Christopher P. Thompson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Maureen Whelton and Richard Macklin, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

Louis Sokolov and Daniel Iny, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Robert D. Holmes, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Ian J. Roland and Michael Fenrick, for the intervener the Canadian Police Association.

Tim Gleason and Sean Dewart, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Doctrine et autres documents cités

Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th ed. London : LexisNexis, 2009.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2010.

LeSage, Patrick J. *Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Moldaver et Armstrong), 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 700, 267 O.A.C. 259, 325 D.L.R. (4th) 488, 94 C.P.C. (6th) 262, [2010] O.J. No. 4046 (QL), 2010 CarswellOnt 7164, qui a confirmé une décision du juge Fedak, 2009 CarswellOnt 9420. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Abella et Rothstein sont dissidents.

Julian N. Falconer, Julian K. Roy et Sunil S. Mathai, pour l'appelant.

Eugene G. Mazzuca, Kerry Nash et Rafal Szymanski, pour les intimés.

Malliha Wilson, Dennis W. Brown, c.r., et Christopher P. Thompson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Maureen Whelton et Richard Macklin, pour l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales.

Louis Sokolov et Daniel Iny, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Robert D. Holmes, c.r., pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Ian J. Roland et Michael Fenrick, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

Tim Gleason et Sean Dewart, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of McLachlin C.J. and Fish, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

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

[1] CROMWELL AND KARAKATSANIS JJ. — This appeal focuses on the discretionary application of issue estoppel. More particularly, the question is whether the Ontario courts erred by striking many of the claims in the appellant’s civil action against the police on the basis that his complaint of police misconduct arising out of the same facts had been dismissed by a police disciplinary tribunal.

[1] LES JUGES CROMWELL ET KARAKATSANIS — Le présent pourvoi porte sur l’application discrétionnaire de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Plus précisément, il s’agit de savoir si les tribunaux ontariens ont commis une erreur en radiant plusieurs des demandes de l’action civile intentée par l’appelant contre la police au motif que sa plainte pour inconduite policière relativement aux mêmes faits avait été rejetée par un tribunal disciplinaire de la police.

[2] The appellant, Wayne Penner, was arrested for disruptive behaviour in an Ontario courtroom. He filed a complaint against two police officers under the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15 (“PSA”), alleging unlawful arrest and use of unnecessary force. He also started a civil action against the court security officer, the two police officers, their chief of police, and the Regional Municipality of Niagara Regional Police Services Board (“Police Services Board”) in the Superior Court of Justice, claiming damages arising out of the same incident.

[2] L’appelant, Wayne Penner, a été arrêté parce qu’il aurait eu un comportement perturbateur dans une salle d’audience en Ontario. Il a déposé une plainte contre deux agents de police en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« LSP »), pour arrestation illégale et usage de force injustifiée. Il a également intenté une action civile contre l’agent de sécurité des tribunaux, les deux agents de police, leur chef de police et la Commission régionale de services policiers de la municipalité régionale de Niagara (« commission de services policiers ») devant la Cour supérieure de justice, afin de réclamer des dommages-intérêts à l’égard du même incident.

[3] Mr. Penner’s complaint under the *PSA* was referred by the Chief of Police to a disciplinary hearing presided over by a retired police superintendent. The police officers were found not guilty of misconduct. Mr. Penner was a party to the disciplinary hearing and the subsequent appeals to the Ontario Civilian Commission on Police Services (“Commission”) and the Divisional Court.

[3] Le chef de police a renvoyé la plainte déposée par M. Penner en vertu de la *LSP* en vue de la tenue d’une audience disciplinaire présidée par un surintendant de police à la retraite. Les agents de police ont été déclarés non coupables d’inconduite. M. Penner était partie à l’audience disciplinaire et aux appels ultérieurs devant la Commission civile des services policiers de l’Ontario (« Commission ») et la Cour divisionnaire.

[4] The respondents applied to have the civil action dismissed on the basis of issue estoppel because, in their view, the disciplinary hearing had finally resolved the key issues underpinning Mr. Penner’s civil claims.

[4] Les intimés ont demandé que l’action civile soit rejetée pour cause de préclusion découlant d’une question déjà tranchée, l’audience disciplinaire ayant, selon eux, réglé définitivement les principales questions en litige qui sous-tendent l’action civile intentée par M. Penner.

[5] Many of Mr. Penner's civil claims were struck on the basis of issue estoppel. The Ontario Court of Appeal agreed with the motion judge, and determined that the application of issue estoppel would not work an injustice in this case.

[6] On appeal to this Court, the appellant did not seriously challenge that the preconditions of issue estoppel had been met. The issue is whether the Court of Appeal erred in exercising its discretion to apply issue estoppel to bar Mr. Penner's civil claims. Mr. Penner contends that the application of issue estoppel in this context would work an injustice or unfairness because of the public interest in promoting police accountability. He submits that the courts, as guardians of the Constitution and of individual rights and freedoms, must oversee the exercise of police powers: the importance of this judicial oversight requires that issue estoppel not apply to a disciplinary hearing decision under the *PSA*.

[7] The respondents reply that this case turns upon its own exceptional circumstances, that the civil suit represents a collateral attack on the final decision of the complaints process, and that the courts below were right to apply issue estoppel in order to preclude relitigation of the same issues finally decided in the disciplinary proceedings.

[8] We conclude that there is not and should not be a rule of public policy precluding the applicability of issue estoppel to police disciplinary hearings based upon judicial oversight of police accountability. The flexible approach to issue estoppel provides the court with the discretion to refuse to apply issue estoppel if it will work an injustice, even where the preconditions for its application have been met. However, in our respectful view, the Court of Appeal

[5] Plusieurs des demandes de l'action civile ont été radiées par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. La Cour d'appel de l'Ontario, à l'instar du juge des motions, a conclu que l'application de cette doctrine n'entraînerait aucune injustice en l'espèce.

[6] Devant la Cour, l'appelant ne conteste pas sérieusement l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire d'appliquer ou non la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour bloquer l'action civile de M. Penner. Ce dernier soutient que l'application de cette doctrine, dans ce contexte, entraînerait une injustice ou une iniquité, vu l'intérêt du public à ce que la police rende des comptes. Il affirme que les tribunaux, à titre de gardiens de la Constitution et des droits et libertés individuels, doivent surveiller l'exercice par la police de ses pouvoirs. Ainsi, selon lui, l'importance de ce contrôle judiciaire est telle que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne devrait pas s'appliquer à une décision rendue à l'issue d'une audience disciplinaire tenue sous le régime de la *LSP*.

[7] Les intimés répondent que le sort de la présente affaire dépend des faits exceptionnels qu'elle présente, que l'action civile constitue une contestation indirecte d'une décision définitive rendue dans le cadre du processus de plaintes, et que les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour empêcher que les questions réglées de manière définitive par le processus disciplinaire soient remises en cause.

[8] Nous concluons qu'il n'existe — et ne devrait exister — aucune règle d'intérêt public empêchant l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux décisions rendues à l'issue d'audiences disciplinaires de la police de manière à permettre le contrôle judiciaire des actes de la police. Une approche souple confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer la préclusion s'il en résultait une injustice, même

erred in its analysis of the significant differences between the purpose and scope of the two proceedings, and failed to consider the reasonable expectations of the parties about the impact of the proceedings on their broader legal rights. Further, it is unfair to use the decision of the Chief of Police's designate to exonerate the Chief in a subsequent civil action. In the circumstances of this case, it was unfair to the appellant to apply issue estoppel to bar his civil action. We would allow the appeal.

I. Background

[9] In January 2003, Mr. Penner was sitting in a Provincial Offences Court while his wife was on trial for a traffic ticket issued by Constable Nathan Parker. It was alleged that Mr. Penner disrupted the proceedings, refused to stop interrupting and to leave when asked to do so, and resisted arrest by Constable Nathan Parker. Constables Parker and Koscinski used force to remove him from the courtroom. Once outside the courtroom, they again used force and handcuffed him. Handcuffed, Mr. Penner was then taken to the Niagara Regional Police station by Constable Parker, where he was strip-searched and put into a holding cell. He sustained a black eye, numerous scrapes, a bruised knee, and a sore wrist, elbow and sore ribs. Mr. Penner was escorted by police to a hospital where he was examined and treated for injuries he had sustained during the arrest. Mr. Penner was subsequently returned to the police station and charged with causing a disturbance, breach of probation and resisting arrest. All charges were withdrawn by the Crown some five months later, in June 2003.

[10] After his arrest, Mr. Penner filed a public complaint under ss. 56 and 57 of the *PSA* against Constables Parker and Koscinski, alleging unlawful

si les conditions d'application sont réunies. Nous estimons toutefois que la Cour d'appel a commis une erreur dans son analyse relative aux différences importantes entre les deux instances sur les plans de l'objet et de la portée et qu'elle n'a pas tenu compte des attentes raisonnables des parties relativement à l'incidence des instances sur leurs droits en général. De plus, il est inéquitable d'opposer la décision rendue par le délégué du chef de police pour soustraire le chef de police à une action civile intentée ultérieurement. Dans les circonstances de l'espèce, il était injuste envers l'appelant d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour bloquer son action civile. Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel.

I. Contexte factuel

[9] En janvier 2003, M. Penner assistait à une audience de la Cour des infractions provinciales devant laquelle son épouse comparaisait pour une contravention dressée par le constable Nathan Parker. M. Penner aurait perturbé l'instance, n'aurait pas obtempéré à l'ordre de cesser d'interrompre les travaux de la cour et de quitter la salle et aurait tenté de résister à son arrestation par l'agent Parker. Les agents Parker et Koscinski auraient fait usage de force pour le sortir de la salle d'audience. Une fois à l'extérieur, les agents auraient encore fait usage de force et l'ont menotté. Le constable Parker a emmené M. Penner, menottes aux poings, au poste de police régional de Niagara, où ce dernier a été soumis à une fouille à nu et enfermé dans une cellule de détention temporaire. Il a eu un œil tuméfié, de nombreuses éraflures et une ecchymose au genou ainsi que des douleurs au poignet, au coude et aux côtes. Sous escorte policière, M. Penner s'est présenté à l'hôpital, où on l'a examiné et traité pour les blessures subies lors de son arrestation. Il a été reconduit par la suite au poste et accusé d'avoir troublé la paix, de ne pas s'être conformé à une ordonnance de probation et d'avoir résisté à une arrestation. Le ministère public a retiré ces accusations quelque cinq mois plus tard, en juin 2003.

[10] Après son arrestation, M. Penner a déposé une plainte en vertu des art. 56 et 57 de la *LSP* contre les agents Parker et Koscinski, invoquant qu'il y avait

or unnecessary arrest, as well as use of unnecessary force. This led to a disciplinary hearing for both police officers. In addition, in July 2003, Mr. Penner filed a statement of claim in the Ontario Superior Court of Justice in relation to the same arrest, by which a civil action was commenced against the Police Services Board, Constables Parker and Koscinski, the Chief of Police and the Court Security Officer. Mr. Penner claimed damages for unlawful arrest, false imprisonment, use of unnecessary force during and after the arrest, an unnecessary strip-search, failure on the part of other officers to prevent his mistreatment, failure to provide timely medical assistance, improper use of handcuffs, malicious prosecution and failure to co-operate with the investigation of his allegations.

II. Summary of the Complaint Proceedings

A. *Disciplinary Hearing Under the PSA (Decision of Superintendent R. J. Fitches, Dated June 28, 2004; A.R., at pp. 99-116)*

[11] Under the *PSA*, a complaint is referred to the chief of police: s. 60(4). (All statutory references are to the legislation as it existed at the relevant time.) The chief is obliged to have the complaint investigated (with some exceptions not relevant here) and, in light of the results, to order a hearing into the matter if he or she is of the opinion that the officer's conduct could constitute misconduct: s. 64(1) and (7). If a hearing is ordered, it is conducted by the chief or a designate on his or her behalf: ss. 64(7) and 76. The chief also appoints the prosecutor: s. 64(8). The complainant is made a party by statute and has participatory rights (s. 69(3) and (4); *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, ss. 10 and 10.1), but no access to discovery or production of documents beyond what the prosecution relies on, and there is no right to compel the officer in question to testify: *PSA*, s. 69(7). The issue at the hearing is whether the alleged misconduct has been "proved on clear and convincing evidence" (s. 64(10)) and, if so, what penalty is to be imposed on the officer

eu arrestation illégale ou inutile, ainsi qu'usage d'une force injustifiée. La plainte a donné lieu à une audience disciplinaire visant les deux agents. De plus, en juillet 2003, M. Penner a déposé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une déclaration au moyen de laquelle il a intenté une action civile, relativement à la même arrestation, contre la commission de services policiers, les agents Parker et Koscinski, le chef de police et l'agent de sécurité des tribunaux. M. Penner réclamait des dommages-intérêts pour arrestation illégale, détention injustifiée, usage de force injustifiée, pendant et après l'arrestation, fouille à nu arbitraire, défaut d'autres agents de police de prévenir les mauvais traitements qu'il avait subis, défaut de fournir rapidement des soins médicaux, mauvaise utilisation des menottes, poursuite malveillante et défaut de collaborer à l'enquête portant sur ses allégations.

II. Résumé de la procédure relative à la plainte

A. *L'audience disciplinaire tenue sous le régime de la LSP (décision du surintendant R. J. Fitches, datée du 28 juin 2004; d.a., p. 99-116)*

[11] Aux termes de la *LSP*, toute plainte est renvoyée au chef de police : par. 60(4). (Les dispositions indiquées renvoient à la version de la Loi en vigueur à l'époque pertinente.) Le chef de police est tenu de faire mener une enquête sur la plainte (sous réserve de certaines exceptions non pertinentes en l'espèce) et, compte tenu des résultats, d'ordonner la tenue d'une audience sur l'affaire s'il ou elle estime que la conduite de l'agent de police a pu constituer une inconduite : par. 64(1) et (7). Le cas échéant, l'audience est dirigée par le chef de police ou, pour le compte de ce dernier, par un délégué : par. 64(7) et art. 76. Le chef de police désigne également un poursuivant : par. 64(8). Le plaignant est partie à l'audience de par la loi et a le droit d'y participer (par. 69(3) et (4); *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 10 et 10.1). Il ne peut toutefois demander la communication ou la production de documents autres que ceux sur lesquels se fonde la partie poursuivante, ni contraindre l'agent de police en question à témoigner : *LSP*, par. 69(7). À

under ss. 68(1) and (5). No remedy or costs may be awarded to the complainant.

[12] Here, disciplinary charges of unnecessary and unlawful arrest and use of unnecessary force were laid against two police officers: O. Reg. 123/98, Part V, Sch., *Code of Conduct*, s. 2(1)(g)(i) and (ii). The Chief appointed a retired police superintendent of the Ontario Provincial Police to conduct the hearing on his behalf. The hearing took place over the course of several days in 2004. Mr. Penner represented himself. As the complainant, he led evidence, cross-examined witnesses and made submissions. Several individuals who were present in the courtroom at the time of Mr. Penner's arrest gave evidence before the hearing officer at the disciplinary hearing: the prosecutor, clerk of the court, court security officer, two lay people awaiting their own respective trials, Mr. Penner, his wife, and Constables Parker and Koscinski.

[13] The hearing officer rejected much of the Penner's testimony. Instead, he relied primarily on the testimony of other witnesses regarding the events surrounding Mr. Penner's arrest and concluded that Constables Parker and Koscinski had reasonable grounds to arrest Mr. Penner for causing a disturbance in a public place. On the issue of whether the officers had the lawful authority to make an arrest in a courtroom under the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, while a Justice of the Peace was presiding, the hearing officer concluded that the prosecutor had failed to provide sufficient evidence to show, "in any clear and cogent way, that Mr. Penner's arrest was not authorized by statute": p. xiii (A.R., at p. 111). The hearing officer therefore dismissed the allegation of unlawful arrest and found the constables not guilty of misconduct on this count.

[14] Turning to the allegation of unnecessary use of force, the hearing officer found that the Constables

l'audience, il s'agit de déterminer si la présumée inconduite est « prouvée sur la foi de preuves claires et convaincantes » (par. 64(10)) et, dans l'affirmative, quelle peine infliger à l'agent de police en vertu des par. 68(1) et (5). Il ne peut être accordé de réparation ni de dépens au plaignant.

[12] En l'espèce, deux agents de police ont été accusés d'infractions disciplinaires pour avoir présumément procédé à une arrestation illégale ou inutile et pour avoir fait usage d'une force injustifiée : Règl. de l'Ont. 123/98, partie V, ann., *Code of Conduct*, sous-al. 2(1)(g)(i) et (ii). Le chef de police a désigné un surintendant à la retraite de la Police provinciale de l'Ontario pour diriger l'audience en son nom. L'audience s'est déroulée sur plusieurs jours en 2004. M. Penner s'est représenté lui-même. À titre de plaignant, il a présenté sa preuve, a contre-interrogé des témoins et a fait des observations. Plusieurs personnes qui se trouvaient dans la salle d'audience lors de l'arrestation de M. Penner ont témoigné à l'audience disciplinaire, à savoir l'avocat de la poursuite, le greffier, l'agent de sécurité des tribunaux, deux personnes qui attendaient chacune la tenue de leur propre procès, M. Penner, son épouse et les agents Parker et Koscinski.

[13] L'agent d'audience a rejeté en grande partie les témoignages des Penner. Il s'est plutôt fondé principalement sur les dépositions d'autres témoins concernant les faits entourant l'arrestation de M. Penner et a conclu que les agents Parker et Koscinski avaient des motifs raisonnables d'arrêter M. Penner pour avoir troublé la paix dans un endroit public. Quant à la question de savoir si les agents de police étaient légalement autorisés à procéder à une arrestation en application de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, lors d'une audience présidée par un juge de paix, l'agent d'audience a conclu que le poursuivant n'avait pas réussi à démontrer [TRADUCTION] « de façon claire et convaincante que l'arrestation de M. Penner n'était pas autorisée par la loi » : p. xiii (d.a., p. 111). L'agent d'audience a donc rejeté l'allégation d'arrestation illégale et a déclaré les agents de police non coupables d'inconduite sur ce chef.

[14] Quant à l'allégation d'usage de force injustifiée, l'agent d'audience a conclu que les policiers

used a level of force that was necessary to gain control over Mr. Penner. Relying upon his review of the video record at the police station, he found that there was “no clear, convincing, or cogent evidence whatsoever” of unnecessary force there either: p. xvi (A.R., at p. 114).

B. Appeal Before the Commission (Decision Dated April 22, 2005; A.R., at pp. 117-30)

[15] As a party to the disciplinary hearing, Mr. Penner appealed the decision of the hearing officer to the Commission pursuant to s. 70(1) of the *PSA*. He took the position before the Commission that there were no legal grounds for his arrest.

[16] The Commission concluded that the arrest in the courtroom was unlawful because the Justice of the Peace gave no direction to the Constables to arrest Mr. Penner. The Commission was satisfied that there was clear and convincing evidence that Constables Parker and Koscinski were guilty of misconduct due to an unlawful and unnecessary arrest, and thus any force used was unjustified and unnecessary.

C. Appeal Before the Ontario Superior Court of Justice — Divisional Court (Parker v. Niagara Regional Police Service (2008), 232 O.A.C. 317)

[17] On a further appeal by the constables pursuant to s. 71(1) of the *PSA*, the Divisional Court held that the Commission unreasonably ignored findings of fact made by the hearing officer, and that the Commission was not justified in substituting their own findings. The Divisional Court concluded that the officers had legal authority to make the arrest and restored the hearing officer’s finding that the constables were not guilty of misconduct.

III. History of the Civil Action

[18] Mr. Penner initiated a civil action in July 2003 based on the same events that formed the subject matter of the disciplinary hearing, alleging, among

avaient utilisé le degré de force qui était nécessaire pour maîtriser M. Penner. Après avoir visionné les bandes vidéo enregistrées au poste de police, il a conclu [TRADUCTION] « à l’absence de toute preuve claire, convaincante ou concluante » qu’il y avait eu usage de force injustifiée là aussi : p. xvi (d.a., p. 114).

B. Appel devant la Commission (décision datée du 22 avril 2005; d.a., p. 117-130)

[15] À titre de partie à l’audience disciplinaire, M. Penner a interjeté appel de la décision de l’agent d’audience à la Commission en vertu du par. 70(1) de la *LSP*. Il a prétendu devant elle qu’aucun motif d’ordre juridique ne justifiait son arrestation.

[16] La Commission a conclu que l’arrestation de M. Penner dans la salle d’audience était illégale parce que le juge de paix n’avait pas donné l’ordre aux agents d’y procéder. La Commission était convaincue que la preuve démontrait de façon claire et convaincante que les agents Parker et Koscinski étaient coupables d’inconduite pour avoir procédé à une arrestation illégale et inutile, et partant, toute force dont ils avaient fait usage était injustifiée et inutile.

C. Appel interjeté devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario — Cour divisionnaire (Parker c. Niagara Regional Police Service (2008), 232 O.A.C. 317)

[17] Saisie d’un appel supplémentaire interjeté par les agents en vertu du par. 71(1) de la *LSP*, la Cour divisionnaire a jugé que la Commission avait fait fi, déraisonnablement, des conclusions de fait tirées par l’agent d’audience et qu’aucune raison ne justifiait qu’elle y substitue les siennes. La Cour divisionnaire a conclu que les agents de police étaient légalement autorisés à procéder à l’arrestation et a rétabli la conclusion de l’agent d’audience disculpant ces derniers des accusations.

III. Genèse de l’action civile

[18] En juillet 2003, M. Penner a intenté une action civile reposant sur les mêmes faits que ceux sur lesquels portait l’audience disciplinaire. Il alléguait,

other things, unlawful arrest and use of excessive force. After the decision from the disciplinary hearing was reinstated by the Divisional Court in January 2008, the respondents filed a motion to dismiss the civil action on the basis of issue estoppel.

A. *Ontario Superior Court of Justice (Fedak J.; 2009 CarswellOnt 9420)*

[19] The motion judge concluded that Mr. Penner was estopped from bringing these claims. Mr. Penner's civil action raised, among others, the same two questions that were already decided by the disciplinary hearing and restated by the Divisional Court: (1) was the arrest lawful? and (2) was unnecessary force used, either at the court or at the police station? The judge applied the test outlined in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, and concluded that the three preconditions for issue estoppel had been met.

[20] First, the hearing officer's decision was judicial and the hearing fulfilled the requirements of procedural fairness because Mr. Penner made the complaint, appeared before the decision maker, led evidence, examined witnesses and made written submissions. Second, the decision was final. And third, the same parties to the civil action were also engaged in the disciplinary hearing.

[21] As to the second part of the *Danyluk* test, the motion judge stated that there were no grounds to exercise his discretion to not apply issue estoppel.

[22] We are assuming but not deciding that the decision of the hearing officer was admissible before the motion judge for the purpose of considering issue estoppel. This issue was not addressed in the decisions below. Given our disposition, it is not necessary to decide the issue.

entre autres, l'arrestation illégale et l'usage de force injustifiée. Après que la Cour divisionnaire a rétabli, en janvier 2008, la décision rendue à l'issue de l'audience disciplinaire, les intimés ont déposé une motion visant à faire rejeter l'action civile sur le fondement de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

A. *Cour supérieure de justice (le juge Fedak; 2009 CarswellOnt 9420)*

[19] Selon le juge des motions, M. Penner était préclus d'ester en justice à l'égard de ces réclamations. Son action civile soulevait, entre autres, les deux questions qui avaient déjà été tranchées à l'issue de l'audience disciplinaire, et dont la Cour divisionnaire avait confirmé le résultat : (1) l'arrestation était-elle légale? (2) avait-on fait usage d'une force injustifiée, à l'audience ou au poste de police? Le juge a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, et a conclu que les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies.

[20] Premièrement, la décision de l'agent d'audience était de nature judiciaire, et l'audience répondait aux exigences en matière d'équité procédurale en ce que M. Penner avait déposé la plainte, comparu devant le décideur, présenté des éléments de preuve, interrogé des témoins et fait des observations écrites. Deuxièmement, la décision était définitive. Troisièmement, les parties à l'action civile étaient également parties à l'audience disciplinaire.

[21] En ce qui concerne la deuxième partie du critère formulé dans l'arrêt *Danyluk*, le juge des motions a déclaré que rien ne justifiait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[22] Nous tenons pour acquis, sans toutefois trancher la question, que la décision de l'agent d'audience pouvait être présentée au juge des motions pour que ce dernier décide si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait. Les décisions des instances inférieures sont muettes à cet égard. Vu notre conclusion, il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions sur la question.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin J.A., Moldaver and Armstrong J.J.A. Concurring; 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 688)*

[23] The Court of Appeal agreed with the motion judge that the three preconditions for issue estoppel had been met. However, the Court of Appeal found that the motion judge erred in failing to explain why there were no grounds to exercise his discretion to not apply issue estoppel. Accordingly, the Court of Appeal considered whether it would be unfair or unjust to apply issue estoppel despite the satisfaction of the three preconditions.

[24] The Court of Appeal acknowledged that the different purposes of the disciplinary hearing and the civil action weighed against the application of issue estoppel. The Court of Appeal concluded that the legislature did not intend to preclude Mr. Penner's civil action simply because he filed a public complaint under the *PSA*: para. 42. Further, the Court of Appeal considered that Mr. Penner had no financial stake in the disciplinary hearing (as the statute does not provide for compensation to a public complainant affected by police misconduct), although the strength of that factor was diminished, in its view, by the potential benefit to Mr. Penner had there been a finding of misconduct. Despite these factors weighing against the application of issue estoppel, the Court of Appeal concluded that they were not determinative considerations in the discretionary analysis.

[25] The Court of Appeal ultimately concluded that applying issue estoppel would not work an injustice and decided against exercising its discretion to not apply the doctrine based on the following factors:

- on issues of reasonable and probable grounds for arrest, as well as the use of excessive force

B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge Laskin, les juges Moldaver et Armstrong souscrivant à ses motifs; 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 700)*

[23] La Cour d'appel estimait, à l'instar du juge des motions, que les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies. Toutefois, elle était d'avis que le juge des motions avait commis une erreur en ne motivant pas sa conclusion selon laquelle rien ne justifiait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer cette doctrine. Par conséquent, la Cour d'appel s'est demandé si appliquer la doctrine aurait un effet inéquitable ou injuste, et ce, même si les trois conditions d'application étaient réunies.

[24] La Cour d'appel a reconnu que les objets différents visés par l'audience disciplinaire et l'action civile militaient contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Elle était d'avis que le législateur n'avait pas l'intention d'empêcher quelqu'un dans la situation de M. Penner d'intenter une action civile du seul fait qu'il avait déposé une plainte sous le régime de la *LSP* : par. 42. De plus, la Cour d'appel a estimé que l'audience disciplinaire ne présentait pour M. Penner aucun intérêt financier (car la loi ne prévoit le versement d'aucune indemnité au plaignant touché par l'inconduite d'un agent de police), bien que le poids de ce facteur fût diminué, de l'avis de la cour, par le bénéfice potentiel qu'aurait apporté à M. Penner une éventuelle conclusion d'inconduite. Même si ces facteurs militaient contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour d'appel a conclu qu'ils n'étaient pas déterminants dans l'analyse que commande l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[25] Finalement, la Cour d'appel a estimé que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'emporterait pas d'injustice et a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la doctrine, et ce, en raison des facteurs suivants :

- en ce qui concerne les motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation, ainsi que

during arrest, the hearing officer had as much expertise as a court (para. 45);

- the disciplinary hearing had “all the hallmarks of an ordinary civil trial”, and, in this case, the different standards of proof in police disciplinary hearings and in civil actions are immaterial (paras. 48-51);
- Mr. Penner actively participated in the disciplinary hearing (para. 52); and
- the *PSA* provides an aggrieved party with the right to appeal to the Commission, a right which Mr. Penner exercised (para. 53).

[26] Accordingly, the Court of Appeal dismissed the appeal.

IV. Standard of Review

[27] A discretionary decision of a lower court will be reversible where that court misdirected itself or came to a decision that is so clearly wrong that it amounts to an injustice: *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375. Reversing a lower court’s discretionary decision is also appropriate where the lower court gives no or insufficient weight to relevant considerations: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

V. Analysis

A. *Issue Estoppel: The Legal Framework*

[28] Relitigation of an issue wastes resources, makes it risky for parties to rely on the results of their prior litigation, unfairly exposes parties to additional costs, raises the spectre of inconsistent adjudicative determinations and, where the initial decision maker is in the administrative law field, may undermine the legislature’s intent in setting

le recours à une force excessive au cours de l’arrestation, l’agent d’audience était tout aussi compétent qu’un tribunal pour trancher (par. 45);

- l’audience disciplinaire présentait [TRADUCTION] « toutes les marques d’un procès civil ordinaire », et, en l’espèce, l’écart entre la norme de preuve applicable à une audience disciplinaire de la police et celle applicable à une action civile est sans importance (par. 48-51);
- M. Penner a participé activement à l’audience disciplinaire (par. 52);
- la *LSP* accorde à la partie déboutée le droit d’interjeter appel à la Commission, un droit que M. Penner a exercé (par. 53).

[26] Par conséquent, la Cour d’appel a rejeté l’appel.

IV. Norme de contrôle

[27] La décision discrétionnaire d’un tribunal de juridiction inférieure est infirmée lorsque celui-ci s’est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice : *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375. La décision discrétionnaire d’une instance inférieure peut également être infirmée à bon droit dans le cas où cette dernière n’accorde pas suffisamment d’importance aux considérations pertinentes ou ne leur en accorde pas du tout : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76-77.

V. Analyse

A. *Préclusion découlant d’une question déjà tranchée : le cadre juridique*

[28] La tenue d’une nouvelle instance à l’égard d’une question déjà tranchée gaspille les ressources, fait en sorte qu’il soit risqué pour les parties d’agir sur la foi du jugement obtenu à l’issue de l’instance antérieure, expose inéquitablement les parties à des frais additionnels, soulève le risque d’incohérence décisionnelle et, lorsque le premier décideur exerce

up the administrative scheme. For these reasons, the law has adopted a number of doctrines to limit relitigation.

[29] The one relevant on this appeal is the doctrine of issue estoppel. It balances judicial finality and economy and other considerations of fairness to the parties. It holds that a party may not relitigate an issue that was finally decided in prior judicial proceedings between the same parties or those who stand in their place. However, even if these elements are present, the court retains discretion to not apply issue estoppel when its application would work an injustice.

[30] The principle underpinning this discretion is that “[a] judicial doctrine developed to serve the ends of justice should not be applied mechanically to work an injustice”: *Danyluk*, at para. 1; see also *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paras. 52-53.

[31] Issue estoppel, with its residual discretion, applies to administrative tribunal decisions. The legal framework governing the exercise of this discretion is set out in *Danyluk*. In our view, this framework has not been overtaken by this Court’s subsequent jurisprudence. The discretion requires the courts to take into account the range and diversity of structures, mandates and procedures of administrative decision makers; however, the discretion must not be exercised so as to, in effect, sanction collateral attack, or to undermine the integrity of the administrative scheme. As highlighted in this Court’s jurisprudence, particularly since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, legislation establishing administrative tribunals reflects the policy choices of the legislators and administrative decision making must be treated with respect by the courts. However, as this Court said in *Danyluk*, at para. 67: “The objective is to

une fonction qui relève du droit administratif, risque de contrecarrer l’intention du législateur qui a mis en place le régime administratif. Pour ces motifs, le droit a développé un certain nombre de doctrines visant à limiter la tenue de nouvelles instances.

[29] La doctrine pertinente en l’espèce est celle de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Elle établit un équilibre entre le caractère définitif des décisions et l’économie, d’une part, et d’autres considérations intéressant l’équité envers les parties, d’autre part. Toujours selon cette doctrine, une partie ne peut pas engager une nouvelle instance à l’égard d’une question tranchée de façon définitive à l’issue d’une instance judiciaire antérieure opposant les mêmes parties ou celles qui les remplacent. Toutefois, même si ces éléments sont réunis, la cour de justice conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée lorsqu’il en découlerait une injustice.

[30] Selon le principe sur lequel repose ce pouvoir discrétionnaire, « [u]ne doctrine élaborée par les tribunaux dans l’intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice » : *Danyluk*, par. 1; voir également *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 52-53.

[31] La préclusion découlant d’une question déjà tranchée, de même que le pouvoir discrétionnaire qui s’y rattache, s’applique aux décisions des tribunaux administratifs. Le cadre juridique qui régit l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire est énoncé dans *Danyluk*. À notre avis, ce cadre n’a pas été supplanté par la jurisprudence subséquente de la Cour. Lorsque les cours de justice exercent leur pouvoir discrétionnaire, elles doivent tenir compte de l’éventail et de la diversité des structures, des mandats et des règles de procédure qui circonscrivent le travail des décideurs dans la sphère administrative; toutefois, il ne faut pas exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à, dans les faits, sanctionner une attaque collatérale, ou à miner l’intégrité du régime administratif. Comme le souligne la jurisprudence de la Cour, particulièrement depuis *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, les lois qui créent les tribunaux administratifs sont le reflet des choix

ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case.”

B. No Public Policy Rule Precluding Issue Estoppel With Respect to Police Disciplinary Hearings

[32] The Ontario Court of Appeal applied a conventional analysis of issue estoppel, analyzing the various factors identified in *Danyluk*. Mr. Penner and a number of interveners ask this Court, as a matter of public policy, to prohibit the application of issue estoppel to findings made in a police disciplinary hearing if it prevents a complainant from accessing the courts for damages on the same claims. They submit that the application of issue estoppel to police disciplinary hearings usurps the role of the courts as guardians of the Constitution and the rule of law, and that public policy requires that police accountability be subject to judicial oversight. These submissions were raised overtly for the first time before this Court.

[33] Police oversight is a complex issue that attracts intense public attention and differing public policy responses. Over time, legislative frameworks have been revised with the stated goals of promoting efficient police services and increasing the transparency and accountability of the public complaints process. In a 2006 case, the Ontario Divisional Court concluded that the legislature allowed for “institutional bias” in the manner of appointing a hearing officer under s. 76(1) of the *PSA*: *Sharma v. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371, at para. 27. The parties in this case do not contest that this is a legitimate exercise of the legislature’s authority, and the Divisional Court in *Sharma*, at para. 28, concluded that the ability to appoint “retired police officers not associated with

politiques des législateurs et la prise de décision par ces tribunaux doit être traitée avec respect par les cours de justice. Cela dit, comme la Cour l’a affirmé dans *Danyluk*, au par. 67 : « [L]’objectif est de faire en sorte que l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée favorise l’administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d’une injustice concrète dans une affaire donnée. »

B. Aucune règle d’intérêt public n’interdit l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le cas d’audiences disciplinaires de la police

[32] La Cour d’appel de l’Ontario a procédé à une analyse conventionnelle de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, selon les facteurs énoncés dans *Danyluk*. M. Penner et certains intervenants demandent à la Cour, et ce, dans l’intérêt public, d’interdire l’application de cette doctrine dans le contexte d’une audience disciplinaire de la police si cette application empêche un plaignant d’intenter une action en dommages-intérêts à l’égard des mêmes faits. De leur avis, appliquer la doctrine dans le cas d’une audience disciplinaire de la police a pour effet de nier au tribunal son rôle de gardien de la Constitution et de la primauté du droit. Selon eux également, l’intérêt public exige que la surveillance de l’action policière soit soumise au contrôle judiciaire. Ces arguments sont soulevés ouvertement pour la première fois devant la Cour.

[33] La surveillance de l’action policière est une question complexe qui suscite une vive attention de la part du public et appelle différentes réponses d’intérêt public. Au fil des ans, les cadres législatifs ont été révisés dans les buts exprès de favoriser l’efficacité des services policiers et d’accroître la transparence et la reddition de comptes du processus relatif aux plaintes du public. Dans une décision rendue en 2006, la Cour divisionnaire de l’Ontario a conclu que le législateur avait permis une « partialité institutionnelle » dans la nomination d’un agent d’audience effectuée en vertu du par. 76(1) de la *LSP* : *Sharma c. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371, par. 27. En l’espèce, les parties ne contestent pas qu’il s’agit là d’un exercice légitime du pouvoir du législateur,

this force is capable of founding such independence as necessary”. See also the Honourable Patrick J. LeSage, *Report on the Police Complaints System in Ontario* (2005), at pp. 77-78.

[34] The public complaints process incorporates a number of features to enhance public participation and accountability. For instance, pursuant to Part II of the *PSA*, the Commission, as an agency comprised of civilian members, provides independent oversight of police services in Ontario to ensure fairness and accountability to the public. Part V sets out a comprehensive public complaints process by which members of the public can file official complaints against policies or services. Judicial oversight of disciplinary hearings under the *PSA* is available by statutory right of appeal to the Commission and then to the Divisional Court: see ss. 70(1) and 71(1).

[35] We are not persuaded that it is either necessary or desirable to create a rule of public policy excluding police disciplinary hearings from the application of issue estoppel. The doctrine of issue estoppel allows for the exercise of discretion to ensure that no injustice results; it calls for a case-by-case review of the circumstances to determine whether its application would be unfair or unjust.

C. *Discretionary Application of Issue Estoppel*

(1) Approach to the Exercise of Discretion

[36] We agree with the decisions of the courts below that all three preconditions for issue estoppel are established in this case. Thus, this case turns upon the Court of Appeal’s exercise of discretion in determining whether it would be unjust to apply the doctrine of issue estoppel in this case.

et la Cour divisionnaire, dans *Sharma*, au par. 28, était d’avis que la faculté de nommer un « agent de police à la retraite qui n’a aucun lien avec le service permet d’assurer l’indépendance nécessaire ». Voir également l’honorable Patrick J. LeSage, *Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police* (2005), p. 84-85.

[34] Le processus de plaintes du public comporte un certain nombre de mécanismes permettant de favoriser la participation du public et la reddition de comptes. Par exemple, aux termes de la partie II de la *LSP*, la Commission, à titre d’organisme composé de membres civils, procède en toute indépendance au contrôle des services policiers en Ontario afin d’assurer l’équité et la reddition de comptes dans l’intérêt du public. La partie V prévoit un processus complet permettant aux membres du public de déposer des plaintes officielles contre des politiques ou des services. Le contrôle des décisions résultant d’audiences disciplinaires tenues sous le régime de la *LSP* est possible, la *LSP* prévoyant un droit d’appel devant la Commission et ensuite devant la Cour divisionnaire : voir par. 70(1) et 71(1).

[35] Nous ne sommes pas convaincus qu’il est nécessaire ni souhaitable de créer une règle d’intérêt public qui exclurait de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée les cas résultant d’audiences disciplinaires de la police. Cette doctrine invite les cours à exercer leur pouvoir discrétionnaire pour éviter l’injustice; elle appelle un examen au cas par cas des circonstances pour déterminer s’il résulterait une iniquité ou une injustice de son application.

C. *Application discrétionnaire de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

(1) Exercice du pouvoir discrétionnaire

[36] Nous souscrivons à la conclusion des tribunaux d’instance inférieure selon laquelle les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont réunies en l’espèce. La présente affaire porte donc sur l’exercice, par la Cour d’appel, de son pouvoir discrétionnaire de déterminer s’il serait injuste d’appliquer cette doctrine en l’espèce.

[37] This Court in *Danyluk*, at paras. 68-80, recognized several factors identified by Laskin J.A. in *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), that are relevant to the discretionary analysis in the context of a prior administrative tribunal proceeding.

[38] The list of factors in *Danyluk* merely indicates some circumstances that may be relevant in a particular case to determine whether, on the whole, it is fair to apply issue estoppel. The list is not exhaustive. It is neither a checklist nor an invitation to engage in a mechanical analysis.

[39] Broadly speaking, the factors identified in the jurisprudence illustrate that unfairness may arise in two main ways which overlap and are not mutually exclusive. First, the unfairness of applying issue estoppel may arise from the unfairness of the prior proceedings. Second, even where the prior proceedings were conducted fairly and properly having regard to their purposes, it may nonetheless be unfair to use the results of that process to preclude the subsequent claim.

(a) *Fairness of the Prior Proceedings*

[40] If the prior proceedings were unfair to a party, it will likely compound the unfairness to hold that party to its results for the purposes of a subsequent proceeding. For example, in *Danyluk*, the prior administrative decision resulted from a process in which Ms. Danyluk had not received notice of the other party's allegations or been given a chance to respond to them.

[41] Many of the factors identified in the jurisprudence, including the procedural safeguards, the availability of an appeal, and the expertise of the decision maker, speak to the opportunity to participate in and the fairness of the administrative proceeding. These considerations are important because they address the question of whether there was a fair opportunity for the parties to put forward their position, a fair opportunity to adjudicate the

[37] Dans *Danyluk*, aux par. 68-80, la Cour a repris plusieurs facteurs relevés par le juge Laskin dans *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), qui sont pertinents pour l'analyse préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le contexte où un tribunal administratif s'est déjà prononcé sur la question en litige.

[38] Les facteurs énumérés dans *Danyluk* indiquent simplement certaines circonstances susceptibles d'être pertinentes dans un cas particulier pour déterminer si, dans l'ensemble, il est équitable d'appliquer cette doctrine. Cette liste n'est pas exhaustive. Il ne s'agit ni d'une liste de contrôle ni d'un appel à une analyse mécanique.

[39] De manière générale, les facteurs relevés dans la jurisprudence montrent que l'iniquité peut se manifester de deux façons principales qui se chevauchent et ne s'excluent pas l'une l'autre. Premièrement, l'iniquité de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut résulter de l'iniquité de l'instance antérieure. Deuxièmement, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière, eu égard à son objet, il pourrait néanmoins se révéler injuste d'opposer la décision en résultant à toute action ultérieure.

a) *Caractère équitable de l'instance antérieure*

[40] Si l'instance antérieure a été inéquitable envers une partie, ce serait redoubler l'iniquité que cette partie soit liée par l'issue en résultant aux fins d'une action ultérieure. Par exemple, dans *Danyluk*, la décision administrative antérieure découlait d'un processus dans le cadre duquel M^{me} Danyluk n'avait pas été informée des allégations formulées par l'autre partie et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre.

[41] Bon nombre des facteurs établis dans la jurisprudence, dont les garanties procédurales, l'existence d'un droit d'appel et l'expertise du décideur, ont trait à la possibilité de participer à la procédure administrative et au caractère équitable de cette dernière. Ces considérations sont importantes parce qu'elles permettent de déterminer si les parties ont eu une possibilité raisonnable de présenter leur position, si les questions soulevées ont été tranchées

issues in the prior proceedings and a means to have the decision reviewed. If there was not, it may well be unfair to hold the parties to the results of that adjudication for the purposes of different proceedings.

(b) *The Fairness of Using the Results of the Prior Proceedings to Bar Subsequent Proceedings*

[42] The second way in which the operation of issue estoppel may be unfair is not so much concerned with the fairness of the prior proceedings but with the fairness of *using their results* to preclude the subsequent proceedings. Fairness, in this second sense, is a much more nuanced enquiry. On the one hand, a party is expected to raise all appropriate issues and is not permitted multiple opportunities to obtain a favourable judicial determination. Finality is important both to the parties and to the judicial system. However, even if the prior proceeding was conducted fairly and properly having regard to its purpose, injustice may arise from using the results to preclude the subsequent proceedings. This may occur, for example, where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings. We recognize that there will always be differences in purpose, process and stakes between administrative and court proceedings. In order to establish unfairness in the second sense we have described, such differences must be significant and assessed in light of this Court's recognition that finality is an objective that is also important in the administrative law context. As Doherty and Feldman J.J.A. wrote in *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 39, if courts routinely declined to apply issue estoppel because the procedural protections in the administrative proceedings do not match those available in the courts, issue estoppel would become the exception rather than the rule.

[43] Two factors discussed in *Danyluk* — “the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives” (paras. 68-70)

et s'il est possible de faire réexaminer la décision. Dans la négative, il pourrait se révéler injuste qu'elles se voient liées par la première décision aux fins d'autres actions.

b) *Caractère équitable du fait d'opposer l'issue d'une instance antérieure à une action intentée ultérieurement*

[42] La deuxième façon dont l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut se révéler inéquitable n'intéresse pas tant le caractère équitable de l'instance antérieure que celui du *fait d'opposer la décision issue de cette instance* à une autre action. Dans ce deuxième sens, l'équité fait l'objet d'un examen beaucoup plus nuancé. D'une part, une partie est censée soulever toutes les questions pertinentes et ne dispose pas de multiples tentatives pour obtenir un jugement favorable. Le caractère définitif est important tant pour les parties que pour le système judiciaire. En revanche, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière eu égard à son objet, il pourrait se révéler injuste d'empêcher, sur le fondement de l'issue d'une procédure antérieure, la tenue d'une autre instance. Par exemple, ce peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement. Nous reconnaissons que la procédure administrative et la procédure judiciaire différeront toujours sur ces plans. Or, pour démontrer qu'il y a iniquité selon ce deuxième sens que nous venons de décrire, il faut un écart considérable, évalué à la lumière de l'importance que revêt également en droit administratif, selon la Cour, le caractère définitif des litiges. Comme l'ont souligné les juges Doherty et Feldman dans *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 39, si les tribunaux refusaient systématiquement d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que les garanties procédurales applicables en matière administrative et en matière judiciaire ne correspondent pas, cette doctrine serait l'exception plutôt que la règle.

[43] Deux facteurs analysés dans *Danyluk* — « le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative » (par. 68-70)

and “the purpose of the legislation” (paras. 71-73), including the degree of financial stakes involved — are highly relevant here to the fairness analysis in this second sense. They take into account the intention of the legislature in creating the administrative proceedings and they shape the reasonable expectations of the parties about the scope and effect of the proceedings and their impact on the parties’ broader legal rights: *Minott*, at pp. 341-42.

[44] For example, in *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), a defendant in a civil action relied on the decision of a Deputy Chief Forester to preclude the Crown’s civil action for damages caused by a forest fire. The Court of Appeal upheld the chambers judge’s decision to exercise discretion against applying issue estoppel. As the statute did not contemplate that the Deputy Chief Forester’s decision about the cause of a fire would be a final resolution of that issue, it followed that it “was not within the reasonable expectation of either party at the time of those proceedings” that it would be: *Bugbusters*, at para. 30.

[45] Thus, where the purposes of the two proceedings diverge significantly, applying issue estoppel may be unfair even though the prior proceeding was conducted with scrupulous fairness, having regard to the purposes of the legislative scheme that governs the prior proceeding. For example, where little is at stake for a litigant in the prior proceeding, there may be little incentive to participate in it with full vigour: *Toronto (City)*, at para. 53.

[46] There is also a general policy concern linked to the purpose of the legislative scheme which governs the prior proceeding. To apply issue estoppel based on a proceeding in which a party reasonably expected that little was at stake risks inducing future litigants to either avoid the proceeding altogether or to participate more actively and vigorously than would otherwise make sense. This could undermine the expeditiousness and

et « l’objet de la loi » (par. 71-73), y compris la teneur de l’enjeu financier — sont forts pertinents en l’espèce quant à l’analyse relative à l’équité selon ce deuxième sens. Ces facteurs tiennent compte de l’intention du législateur lorsqu’il a créé le régime administratif et définissent les attentes raisonnables des parties concernant la portée et l’effet de l’instance ainsi que son incidence sur les droits en général des parties au litige : *Minott*, p. 341-342.

[44] Par exemple, dans *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), le défendeur dans une action civile a invoqué la décision du chef forestier adjoint pour empêcher la Couronne d’intenter une action civile en dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par un incendie de forêt. La Cour d’appel a confirmé la décision du juge en cabinet d’exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. La loi ne prévoyant pas que la décision du chef forestier adjoint sur la cause d’un incendie soit définitive, la finalité de cette décision [TRADUCTION] « n’appartenait pas aux attentes raisonnables de l’une ou l’autre des parties à l’instance » : *Bugbusters*, par. 30.

[45] Par conséquent, lorsque l’objet de deux instances diffère grandement, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pourrait se révéler injuste, même si l’instance antérieure s’est déroulée dans le respect scrupuleux de l’équité, eu égard à l’objet du régime législatif la régissant. Par exemple, lorsque les enjeux de l’instance antérieure ne sont pas assez importants pour une partie, cette dernière n’aurait guère avantage à offrir une participation vigoureuse et complète : *Toronto (Ville)*, par. 53.

[46] Il existe aussi une considération de politique générale liée à l’objet du régime législatif qui régit l’instance antérieure. En appliquant la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le cas d’un litige où une partie s’attend raisonnablement à des enjeux peu importants, on risque d’inciter à l’avenir d’éventuelles parties à escamoter complètement ce recours ou à y participer plus activement et vigoureusement que ne le commande le bon sens.

efficiency of administrative regimes and therefore undermine the purpose of creating the tribunal: *Burchill v. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII), at para. 28; *Minott*, at p. 341; and *Danyluk*, at para. 73. In the context of this appeal, it might discourage citizens from filing complaints about police misconduct.

[47] Thus, the text and purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations in relation to the scope and effect of the administrative proceedings. They guide how and to what extent the parties participate in the process. Where the legislative scheme contemplates multiple proceedings and the purposes of those proceedings are widely divergent, the application of the doctrine in such circumstances might not only upset the parties' legitimate and reasonable expectations but may also undermine the efficacy and policy goals of the administrative proceedings by either encouraging more formality and protraction or even discouraging access to the administrative proceedings altogether.

[48] These considerations are also relevant to weighing another factor identified in *Danyluk*: the procedural safeguards available to the parties in the prior administrative process. The consideration of a party's decision whether to take advantage of procedural protections available in the prior proceeding cannot be divorced from the consideration of the party's reasonable expectations about what is at stake in those proceedings or the fundamentally different purposes of the two proceedings. The connections between the relevant considerations must be viewed as a whole.

(2) Fairness of Using the Disciplinary Finding to Preclude a Civil Action in This Case

[49] In our respectful view, the Court of Appeal failed to focus on fairness in the second sense we have just described. We do not quarrel with the finding of the Court of Appeal that the disciplinary hearing was itself fair and that Mr. Penner participated in a

Cette situation nuirait au caractère expéditif et à l'efficacité du régime administratif et compromettrait donc l'objet sous-jacent à la création du tribunal : *Burchill c. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII), par. 28; *Minott*, p. 341; et *Danyluk*, par. 73. Dans le contexte qui nous occupe, cela pourrait décourager des citoyens de déposer des plaintes pour inconduite policière.

[47] Ainsi, le libellé et l'objet du régime législatif définissent les attentes raisonnables des parties quant à la portée et à l'effet de l'instance administrative. Ils définissent le rôle des parties dans le déroulement de l'instance et l'étendue de leur apport. Lorsque le régime législatif prévoit des instances multiples dont les objets sont fort différents, l'application de la doctrine risque non seulement de bouleverser les attentes légitimes et raisonnables des parties, mais aussi de nuire à l'efficacité et aux objectifs d'intérêt général du régime administratif, en favorisant le formalisme et les lenteurs, voire en décourageant complètement l'exercice d'un recours administratif.

[48] Ces considérations sont également pertinentes pour évaluer un autre facteur énoncé dans *Danyluk*, à savoir les garanties procédurales applicables dans le cadre du processus administratif antérieur. La décision d'une partie de se prévaloir ou non des garanties procédurales propres à l'instance antérieure ne saurait être examinée sans que le soient également ses attentes raisonnables quant aux enjeux ou les objets fondamentalement différents des deux types d'instances. Il convient d'analyser les liens entre les considérations pertinentes à la lumière de l'ensemble.

(2) Caractère équitable de l'opposition des conclusions issues de l'enquête disciplinaire à l'action civile en l'espèce

[49] En toute déférence, nous estimons que la Cour d'appel n'a pas axé son examen sur l'équité selon le deuxième sens que nous venons de décrire. Nous ne trouvons rien à redire à ses conclusions selon lesquelles l'audience disciplinaire était équitable

meaningful way. However, while the court thoroughly assessed the fairness of the disciplinary proceeding itself, it failed to fully analyze the fairness of using the results of that process to preclude the appellant's civil claims, having regard to the nature and scope of those earlier proceedings and the parties' reasonable expectations in relation to them.

(a) *The Legislation Establishing the Disciplinary Hearing*

[50] As the Court of Appeal pointed out, “the legislature did not intend to foreclose [Mr. Penner’s] civil action simply because he filed a complaint under the [PSA]”: para. 42. The PSA features statutory privilege provisions, three of which are noteworthy here. Documents generated during the complaint process are inadmissible in civil proceedings: s. 69(9). Persons who carry out duties in the complaint process cannot be forced to testify in civil proceedings about information obtained in the course of their duties: s. 69(8). Finally, persons engaged in the administration of the complaints process are obligated to keep information obtained during the process confidential, subject to certain exceptions: s. 80. These provisions specifically contemplate parallel proceedings in relation to the same subject matter.

[51] Here, as recognized by the Court of Appeal, the legislation does not intend to foreclose parallel proceedings when a member of the public files a complaint. This would shape the reasonable expectations of the parties and the nature and extent of their participation in the process.

[52] Nothing in the legislative text, therefore, could give rise to a reasonable expectation that the disciplinary hearing would be conclusive of Mr. Penner’s legal rights against the constables, the Chief of Police or the Police Services Board in his civil action.

et M. Penner a participé utilement au processus. Toutefois, bien qu’elle ait analysé en détail la procédure disciplinaire en soi pour en déterminer le caractère équitable, elle n’a pas analysé de manière exhaustive la question de savoir s’il serait équitable d’opposer le résultat de cette procédure aux demandes civiles de l’appelant, à la lumière de la nature et de la portée de cette instance antérieure ainsi que des attentes raisonnables des parties à cet égard.

a) *Loi établissant la procédure d’audience disciplinaire*

[50] Comme l’a souligné la Cour d’appel, [TRADUCTION] « l’intention du législateur n’était pas de faire obstacle à [l]’action civile [de M. Penner] au seul motif qu’il a porté plainte en vertu de la [LSP] » : par. 42. La LSP prévoit des dispositions établissant des privilèges, dont trois méritent d’être mentionnées. Les documents préparés au cours du processus de plainte ne sont pas admissibles dans une instance civile : par. 69(9). La personne qui exerce ses fonctions dans le cadre du processus de plainte ne peut être tenue de témoigner dans une instance civile relativement aux renseignements obtenus dans l’exercice de ses fonctions : par. 69(8). Enfin, la personne qui participe à l’administration du processus de plainte doit tenir confidentiel tout renseignement obtenu au cours de ce processus, à quelques exceptions près : art. 80. Ces dispositions prévoient expressément la possibilité d’instances parallèles relativement aux mêmes faits.

[51] En l’espèce, comme l’a reconnu la Cour d’appel, la loi ne vise pas à empêcher la tenue d’instances parallèles dans le cas d’une plainte du public. Cela a une incidence sur les attentes raisonnables des parties ainsi que sur la nature et la portée de leur participation au processus.

[52] Le texte législatif ne comporte donc aucun élément susceptible de donner naissance à une attente raisonnable que l’audience disciplinaire serait concluante quant aux droits que M. Penner pourrait faire valoir contre les agents de police, le chef de police ou la commission de services policiers dans le cadre d’une action civile.

(b) *Reasonable Expectations of the Parties: Different Purposes of the Proceedings and Other Considerations*

[53] The Court of Appeal recognized that the purposes of a police disciplinary proceeding and a civil action were different and that this weighed against the application of issue estoppel.

[54] The police disciplinary hearing is part of the process through which the officers' employer decides whether to impose employment-related discipline on them. By making the complainant a party, the *PSA* promotes transparency and public accountability. However, this process provides no remedy or costs for the complainant. A civil action, on the other hand, provides a forum in which a party that has suffered a wrong may obtain compensation for that wrong.

[55] In addition to the legislative text, several other facts point to the same conclusion about the parties' reasonable expectations about the impact of the disciplinary hearing on the civil action.

[56] First, Mr. Penner's civil action was filed in July 2003, almost a year *before* the hearing officer released his decision on June 28, 2004. In *Danyluk*, the civil proceedings had commenced before the administrative proceedings concluded. Binnie J. reasoned that this weighed against applying issue estoppel because "the respondents were well aware, in law and in fact, that they were expected to respond to parallel and to some extent overlapping proceedings": para. 70.

[57] Second, Hermiston J., in the most pertinent Ontario case on the question of issue estoppel in the police disciplinary hearing context at the time, *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL) (S.C.J.), stated that an acquittal of an officer at a disciplinary hearing *did not* give rise to issue estoppel in relation to the same issues in a subsequent civil action.

b) *Attentes raisonnables des parties : objets différents des deux types d'instances et autres considérations*

[53] La Cour d'appel a reconnu que les objets visés par une procédure disciplinaire de la police et une action civile diffèrent et que ce fait militait contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[54] L'audience disciplinaire appartient au processus par lequel l'employeur décide de l'opportunité de mesures disciplinaires contre un agent de police. En faisant du plaignant une partie à l'instance, la *LSP* favorise la transparence et la reddition de comptes dans l'intérêt du public. Ce processus ne prévoit toutefois ni réparation ni dépens en faveur du plaignant. En revanche, une action civile fournit une tribune permettant s'il y a lieu à la partie lésée d'être indemnisée.

[55] Outre le texte de loi, plusieurs faits appellent la même conclusion sur les attentes raisonnables des parties quant à l'incidence de l'audience disciplinaire sur l'action civile.

[56] Premièrement, M. Penner a déposé son recours civil en juillet 2003, soit environ un an *avant* que l'agent d'audience rende sa décision, le 28 juin 2004. Dans *Danyluk*, l'action civile avait été intentée avant que la procédure administrative ne prenne fin. Selon le juge Binnie, cette situation militait contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que « les intimés savaient parfaitement, en droit et en fait, qu'ils devaient se défendre dans des procédures parallèles se chevauchant dans une certaine mesure » : par. 70.

[57] Deuxièmement, suivant l'opinion du juge Hermiston, dans la décision ontarienne la plus pertinente à l'époque en matière d'audience disciplinaire de la police et de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL) (C.S.J.), l'acquittement d'un agent de police à l'issue d'une audience disciplinaire *ne donne pas* lieu à l'application de cette doctrine relativement aux mêmes questions invoquées dans une action civile intentée ultérieurement.

[58] Third, a person in Mr. Penner’s position might well think it unlikely that a proceeding in which he or she had no personal or financial stake could preclude a claim for significant damages in his or her civil action.

(c) *Financial Stake in the Disciplinary Hearing*

[59] The Court of Appeal noted that the lack of a financial stake in the administrative proceeding, on its own, does not ordinarily resolve how the court should exercise its discretion in applying issue estoppel in a civil action. However, the Court of Appeal went further. With respect to the absence of a financial stake in the outcome of the disciplinary hearing, the court said, at para. 43:

This is an important consideration weighing against applying issue estoppel, but its strength is diminished by the potential indirect benefit to Mr. Penner from the disciplinary proceedings. If, for example, the hearing officer had found that the two police officers did not have reasonable and probable grounds to arrest Mr. Penner or used excessive force on him, those findings would likely have estopped the officers from asserting otherwise in Mr. Penner’s civil action. In other words, issue estoppel works both ways.

[60] In our view, this analysis is flawed. It cannot necessarily be said that issue estoppel “works both ways” here. As the Court of Appeal recognized, because the *PSA* requires that misconduct by a police officer be “proved on clear and convincing evidence” (s. 64(10)), it follows that such a conclusion might, depending upon the nature of the factual findings, properly preclude relitigation of the issue of liability in a civil action where the balance of probabilities — a lower standard of proof — would apply. However, this cannot be said in the case of an acquittal. The prosecutor’s failure to prove the charges by “clear and convincing evidence” does not necessarily mean that those same allegations could not be established on a balance of probabilities. Given the different

[58] Troisièmement, il se peut très bien qu’une personne dans la même situation que M. Penner estime improbable qu’une instance ne présentant pour elle ou lui aucun enjeu personnel ou financier puisse l’empêcher d’intenter une action civile pour réclamer des dommages-intérêts considérables.

c) *Enjeu financier de l’audience disciplinaire*

[59] Selon la Cour d’appel, l’absence d’enjeu financier de la procédure administrative ne règle pas habituellement en soi la question de savoir dans quel sens la cour saisie d’un recours civil devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de préclusion découlant d’une question déjà tranchée opposable à une telle action civile. Or, la Cour d’appel n’en est pas restée là et a tenu les propos suivants au sujet de l’absence d’enjeu financier à l’audience disciplinaire :

[TRADUCTION] Il s’agit d’une considération importante qui milite à l’encontre de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Cependant, son poids est réduit en raison de l’avantage indirect que peut procurer l’instance disciplinaire à M. Penner. Par exemple, si l’agent d’audience avait conclu que les deux agents de police n’avaient eu aucun motif raisonnable et probable d’arrêter M. Penner ou qu’ils avaient employé une force excessive à son encontre, de telles conclusions auraient probablement empêché les agents de soutenir le contraire dans le cadre de l’action civile de M. Penner. En d’autres termes, la préclusion découlant d’une question déjà tranchée joue dans les deux sens. [par. 43]

[60] À notre avis, cette analyse est viciée. On ne peut pas nécessairement dire que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée « joue dans les deux sens » en l’espèce. Comme l’a reconnu la Cour d’appel, puisque la *LSP* exige que l’inconduite d’un agent de police soit « prouvée sur la foi de preuves claires et convaincantes » (par. 64(10)), il s’ensuit que la conclusion d’inconduite, selon la nature des constatations de fait, pourrait empêcher que la question de la responsabilité soit réexaminée dans le cadre d’une action civile, où s’appliquerait la prépondérance des probabilités, une norme de preuve moins exigeante. Toutefois, il n’en va pas de même de l’acquiescement. Il ne faut pas déduire du fait que le poursuivant n’a pas prouvé les accusations sur la foi de « preuves claires et convaincantes » qu’elles n’auraient pu être établies

standards of proof, there would have been no reason for a complainant to expect that issue estoppel would apply if the officers were acquitted. Indeed, in *Porter*, at para. 11, the court refused to apply issue estoppel following an acquittal in a police disciplinary hearing because the hearing officer’s decision “was determined by a high standard of proof and might have been different if it had been decided based on the lower civil standard”. Thus, the parties could not reasonably have contemplated that the acquittal of the officers at the disciplinary hearing would be determinative of the outcome of Mr. Penner’s civil action.

[61] By assuming that issue estoppel “works both ways”, the Court of Appeal attached too little weight to the fact that Mr. Penner had no financial stake in the disciplinary hearing and wrongly concluded that he had more at stake than he could reasonably have thought at the time.

(d) *Issue Estoppel May Work to Undermine the Purpose of Administrative Proceedings*

[62] Another important policy consideration referred to earlier arises in this case: the risk of adding to the complexity and length of administrative proceedings by attaching undue weight to their results through applying issue estoppel. It is true that Mr. Penner could have participated even more fully in the proceedings by hiring counsel in an attempt to obtain a finding of misconduct so as to assist his civil action. But accepting this line of argument too readily may lead to unintended and undesirable results. It risks turning the administrative process into a proxy for Mr. Penner’s civil action. If it is before the hearing officer, and not the court, that an action for damages is to be won or lost, litigants in Mr. Penner’s position will have every incentive to mount a full-scale case, which

selon la prépondérance des probabilités. Compte tenu des normes de preuve différentes, le plaignant n’aurait aucun motif de croire que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquerait en cas d’acquittal des agents de police. En effet, dans *Porter*, la cour a refusé d’appliquer cette doctrine à la suite d’un acquittal prononcé à l’issue d’une audience disciplinaire de la police parce que l’agent d’audience avait rendu sa décision sur le fondement d’une [TRADUCTION] « norme de preuve exigeante et que sa décision aurait pu se révéler différente si l’agent avait appliqué la norme moins exigeante que commande la procédure civile » : par. 11. Par conséquent, les parties ne pouvaient pas raisonnablement envisager que l’acquittal des agents de police à l’issue de l’audience disciplinaire serait déterminant pour l’issue de l’action civile intentée par M. Penner.

[61] En tenant pour acquis que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée « joue dans les deux sens », la Cour d’appel a accordé un poids insuffisant au fait que l’audience disciplinaire ne présentait aucun enjeu financier pour M. Penner, et elle a eu tort de conclure que l’enjeu était plus important que ce qu’il aurait raisonnablement pu croire à l’époque.

d) *La préclusion découlant d’une question déjà tranchée risque de compromettre l’objet du régime administratif*

[62] Une autre considération importante d’intérêt public mentionnée précédemment se soulève en l’espèce, à savoir le risque de complexité et de longueur accrues des instances administratives du fait qu’une importance excessive soit accordée à leur issue par l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Certes, M. Penner aurait pu participer plus pleinement à l’audience qu’il ne l’a fait s’il avait retenu les services d’un avocat pour tenter d’obtenir une conclusion d’inconduite qui aurait profité à son action civile. Or, suivre trop facilement un tel raisonnement risque de conduire à des résultats imprévus et non souhaitables. Il se pourrait qu’ainsi le processus administratif se substitue à l’action civile intentée par M. Penner. Si c’est non pas devant le tribunal, mais devant l’agent d’audience qu’une action

would tend to defeat the expeditious operation of the disciplinary hearing.

[63] In the context of this appeal, it would also mean that the officers, who have much at stake in the hearing, would effectively be forced to face two prosecutors rather than one, given the presence of counsel for the complainant. We doubt that this would enhance either the efficacy of the disciplinary hearing, or the fairness to the officers in that hearing. Finally, a further significant risk is that potential complainants will simply not come forward with public complaints in order to avoid prejudicing their civil actions.

(e) *The Role of the Chief of Police*

[64] Under the public complaints process of the PSA at the relevant time, the Chief of Police investigated and determined whether a hearing was required following the submission of a public complaint. The Chief of Police appointed the investigator, the prosecutor and the hearing officer.

[65] It has been recognized that these arrangements are not objectionable for the purposes of a disciplinary hearing (as in *Sharma*). However, in our view, the fact that this decision was made by the designate of the Chief of Police should be taken into account in assessing the fairness of using the results of the disciplinary process to preclude Mr. Penner's civil claims. While this point was not clearly placed before the Court of Appeal, we think it is an important one.

[66] Applying issue estoppel against the complainant here had the effect of permitting the Chief of Police to become the judge of his own case, with the result that his designate's decision had the effect of exonerating the Chief and his police service from civil liability. In our view, applying issue estoppel here is a serious affront to basic principles of fairness.

en dommages-intérêts se décide en fin de compte, les justiciables qui se trouvent dans la situation de M. Penner auront tout intérêt à monter un dossier très étoffé, ce qui irait à l'encontre du caractère expéditif de l'audience disciplinaire.

[63] Dans le contexte du présent pourvoi, cela signifierait également que les agents de police, pour qui l'audience présente un enjeu important, se verraient, dans les faits, obligés de comparaître devant deux poursuivants plutôt qu'un, vu la présence du conseiller juridique du plaignant. Nous doutons que cette situation favorise l'efficacité de l'audience disciplinaire ou l'équité envers les agents de police dans le cadre de ce type d'audience. Enfin, la situation présenterait un autre risque important, soit celui qu'un plaignant potentiel ne s'abstienne tout simplement de déposer une plainte pour ne pas compromettre son action civile.

e) *Le rôle du chef de police*

[64] Suivant la procédure relative aux plaintes du public prévue dans la LSP de l'époque, le chef de police faisait mener une enquête sur toute plainte et déterminait si la tenue d'une audience était justifiée. Il nommait l'enquêteur, le poursuivant et l'agent d'audience.

[65] Il a été reconnu que ces arrangements ne sont pas répréhensibles pour les besoins d'une audience disciplinaire (notamment dans *Sharma*). Nous estimons toutefois que, pour évaluer s'il est équitable d'opposer l'issue du processus disciplinaire aux demandes civiles de M. Penner, il faut tenir compte du fait que cette décision a été rendue par le délégué du chef de police. À notre avis, bien qu'il n'ait pas été présenté clairement à la Cour d'appel, ce point est important.

[66] En l'espèce, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée contre le plaignant a fait en sorte que le chef de police a jugé sa propre affaire; la décision de son délégué a ainsi eu pour effet de soustraire le chef de police et son service de police à toute responsabilité civile. À notre avis, appliquer la doctrine dans ce cas choque gravement les principes fondamentaux d'équité.

[67] We emphasize that this unfairness does not reside in the Chief of Police carrying out his statutory duties. The parties accept that, given the statutory framework, there is no objection on fairness grounds to the role of the Chief and there is certainly no suggestion that he failed in any way to carry out his statutory duties. Further, no obvious unfairness arises if the disciplinary decision finds police misconduct, as this is a decision against the interests of the chief or the Police Services Board. The unfairness that concerns us only arises at the point that the Chief's (or his designate's) decision that there was no police misconduct in a disciplinary context is used for the quite different purpose of exonerating him, by means of issue estoppel, from civil liability relating to the same matter.

[68] Had the Court of Appeal been given the opportunity to fully consider the importance of these points, our view is that it would have seen that applying issue estoppel against the appellant in the circumstances of this case was fundamentally unfair.

VI. Conclusion

[69] Issue estoppel is about balancing judicial economy and finality and other considerations of fairness to the parties. It is a flexible doctrine that permits the court to respond to the equities of a particular case. We see no reason to depart from that approach and create a rule of public policy to preclude the application of issue estoppel in the context of public complaints against the police.

[70] Given the legislative scheme and the widely divergent purposes and financial stakes in the two proceedings, the parties could not reasonably have contemplated that the acquittal of the officers at the disciplinary hearing would determine the outcome of Mr. Penner's civil action. These are important

[67] Il importe de préciser que l'iniquité ne découle pas de l'exercice, par le chef de police, de ses fonctions prévues par la loi. Les parties en conviennent et, compte tenu du cadre législatif, elles ne soulèvent aucune objection liée à l'équité quant au rôle du chef de police prévu par le cadre législatif, et sont d'accord pour dire que rien ne permet d'affirmer que celui-ci a erré dans l'exercice des fonctions que lui confère la loi. De plus, aucune iniquité flagrante ne ressortirait d'une conclusion d'inconduite policière, puisqu'il s'agirait d'une décision contraire aux intérêts du chef de police ou de la commission de services policiers. L'iniquité qui nous intéresse se manifeste seulement lorsque la décision du chef de police (ou de son délégué) concluant à l'absence d'inconduite policière dans un contexte disciplinaire est utilisée à une fin tout à fait différente, soit pour le soustraire, par le jeu de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, à toute responsabilité civile relativement aux mêmes faits.

[68] À notre avis, si elle avait eu la possibilité d'examiner pleinement l'importance de ces points, la Cour d'appel aurait constaté qu'appliquer cette doctrine contre l'appelant dans les circonstances de l'espèce était fondamentalement inéquitable.

VI. Conclusion

[69] La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sert à établir un équilibre entre le caractère définitif des décisions et l'économie des ressources d'une part, et d'autres considérations intéressant l'équité envers les parties d'autre part. Il s'agit d'une doctrine souple qui permet au tribunal d'apprécier le caractère équitable d'une affaire donnée. Nous ne voyons aucune raison de nous écarter de cette approche et de créer une règle d'intérêt public visant à empêcher l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte d'une plainte du public contre la police.

[70] Compte tenu du régime législatif et des objets et enjeux financiers fort différents des deux types d'instance, les parties ne pouvaient pas raisonnablement envisager que l'acquiescement des agents de police à l'audience disciplinaire serait déterminant quant à l'issue de l'action civile intentée par

considerations and the Court of Appeal did not take them into account in assessing the weight of other factors, such as Mr. Penner's status as a party and the procedural protections afforded by the administrative process. Further, the application of issue estoppel had the effect of using the decision of the Chief of Police's designate to exonerate the Chief in the civil claim.

[71] Applying issue estoppel against Mr. Penner to preclude his civil claim for damages in the circumstances of this case was fundamentally unfair.

VII. Disposition

[72] We would allow the appeal with costs to the appellant throughout.

The reasons of LeBel, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[73] *LEBEL AND ABELLA JJ.* (dissenting) — Litigation must come to an end, in the interests of the litigants themselves, the justice system and our society. The finality of litigation is a fundamental principle assuring the fairness and efficacy of the justice system in Canada. The doctrine of issue estoppel advances this principle. It seeks to protect the reasonable expectation of litigants that they are able to rely on the outcome of a decision made by an authoritative adjudicator, regardless of whether that decision was made in the context of a court or an administrative proceeding. The purposes of proceedings may vary like the governing procedures, but the principle of finality of litigation should be maintained.

[74] This appeal concerns the proper approach to the discretionary application of issue estoppel in the context of prior administrative proceedings dealing with police conduct.

M. Penner. Il s'agit de considérations importantes dont la Cour d'appel n'a pas tenu compte lorsqu'elle a apprécié les autres facteurs tels que la participation de M. Penner à titre de partie et les garanties procédurales de l'instance administrative. De plus, cette application de la préclusion a eu pour effet d'utiliser la décision rendue par le délégué du chef de police pour soustraire le chef de police à l'action civile.

[71] L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée contre M. Penner pour bloquer son action civile en dommages-intérêts était fondamentalement inéquitable dans les circonstances de l'espèce.

VII. Dispositif

[72] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelant dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Rothstein rendus par

[73] *LES JUGES LEBEL ET ABELLA* (dissidents) — Tout litige doit avoir une fin, et ce, dans l'intérêt des parties, du système de justice et de notre société. Le caractère définitif des litiges est un principe fondamental qui garantit l'équité et l'efficacité du système de justice au Canada. La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée vient appuyer ce principe. Elle vise à protéger l'attente raisonnable des parties quant à leur capacité de se fier au résultat d'une décision rendue par un décideur habilité à trancher, peu importe que la décision ait été prise dans le contexte d'une procédure judiciaire ou d'une procédure administrative. L'objet peut varier d'une instance à l'autre, tout comme les procédures applicables, mais le principe du caractère définitif des litiges doit être maintenu.

[74] Le présent pourvoi porte sur l'approche à adopter quant à l'application discrétionnaire de la doctrine de la préclusion lorsqu'une question a déjà été tranchée dans le contexte d'une procédure administrative intentée antérieurement au sujet de la conduite d'un policier.

[75] The applicable approach to issue estoppel was most recently articulated by this Court in 2011 in *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422. This is the precedent, therefore, that governs the application of the doctrine in this case.

[76] The key relevant aspect of this precedent is that it moved away from the approach taken in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, which enunciated a different test for the discretionary application of issue estoppel in the context of administrative tribunals. In so doing, *Danyluk* said that the approach should be “fairness” and set out a number of factors for assessing how “fairness” applied. In our view, these factors can no longer play the same role, nor be given the same weight, based on this Court’s subsequent jurisprudence starting with *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. These factors have largely been overtaken by the Court’s subsequent jurisprudence. For example, the breach of natural justice factor based on the procedural differences between courts and administrative tribunals and the expertise of the decision maker focus on concepts eschewed by this Court in *Dunsmuir* and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160. The factors dealing with the wording of the statute and the purpose of the legislation are now referred to as the tribunal’s mandate (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471).

[77] The approach of our colleagues is not only inconsistent with recent developments in the law of judicial review, it also raises potential difficulties in the branch of judicial review which is concerned with procedural fairness. Inasmuch as a process is considered to be unfair, the proper way to attack it would be to challenge it, under the principles of natural justice. In addition, the position of our colleagues may also ignore the ability of legislatures

[75] La Cour s’est penchée sur cette question le plus récemment en 2011, dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422. Ce précédent régit donc l’application de la doctrine en l’espèce.

[76] L’élément essentiel pertinent de ce jugement se retrouve dans la distance qu’il a prise par rapport à l’approche préconisée dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, où la Cour a énoncé un test différent quant à l’application discrétionnaire de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le contexte des décisions administratives. Ce faisant, *Danyluk* précisait que l’approche devait être fondée sur l’« équité » et a énuméré un certain nombre de facteurs à prendre en considération pour juger de l’« équité » appliquée. Selon nous, ces facteurs ne peuvent plus jouer le même rôle, et on ne saurait continuer à leur accorder le même poids, compte tenu de la jurisprudence subséquente de la Cour, à commencer par *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. En effet, la pertinence de ces facteurs a été considérablement limitée par la jurisprudence en question. Par exemple, le facteur de la violation des règles de justice naturelle, dégagé à partir des différences de nature procédurale entre les cours et les tribunaux administratifs ainsi que de celle relative à l’expertise du décideur, porte principalement à des concepts écartés par la Cour dans *Dunsmuir* et dans *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160. Quant aux facteurs relatifs au libellé et à l’objet du texte législatif, on y réfère désormais en parlant du mandat du tribunal (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471).

[77] L’approche que préconisent nos collègues est non seulement incompatible avec l’évolution récente du droit relatif au contrôle judiciaire, elle pose aussi des difficultés potentielles dans la branche de ce domaine du droit relative à l’équité procédurale. Dans la mesure où un processus est jugé inéquitable, sur la base des principes de justice naturelle, la façon correcte de l’attaquer consisterait à le contester directement sur la base de ces principes. De plus,

to design administrative processes and define the nature and limits of procedural fairness in the absence of constitutional considerations. Finally, the justice system faces important difficulties in respect of access to civil and criminal justice. To hold that the traditional model of civil and criminal justice is the golden standard against which the fairness of administrative justice is to be measured clearly does not meet the needs of the times from a policy perspective.

[78] The “twin principles” which underlie the doctrine of issue estoppel — “that there should be an end to litigation and . . . that the same party shall not be harassed twice for the same cause” (*Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at p. 946) — are core principles which focus on achieving fairness and preventing injustice *by preserving the finality of litigation*. This, as the majority said in *Figliola*, is the case whether we are dealing with courts or administrative tribunals. Our colleagues’ approach undermines these principles and risks transforming issue estoppel into a free-floating inquiry into “fairness” and “injustice” for administrative tribunals and revives an approach that our Court refused to apply in *Figliola*.

I. Background

[79] The appellant, Wayne Penner, filed a public complaint against two police officers alleging that the officers were guilty of police misconduct under the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, and the *Code of Conduct* (O. Reg. 123/98, Part V, Sch.). His complaint alleged that the officers made an unlawful arrest and used unnecessary force, both during the arrest and at the police station. Mr. Penner also commenced a civil action in the Ontario Superior Court of Justice seeking damages against the same police officers for unlawful arrest,

la position de nos collègues ignore possiblement la capacité des législateurs de concevoir des processus administratifs et de définir la nature et les limites de l’équité procédurale en l’absence de considérations constitutionnelles. Finalement, des problèmes importants d’accès à la justice tant civile que criminelle se posent pour le système de justice. Soutenir que le modèle traditionnel de justice civile et criminelle constitue la norme par excellence à l’aune de laquelle il faut juger de l’équité de la justice administrative ne sert clairement pas les besoins actuels d’un point de vue de politique juridique.

[78] Les « principes jumeaux » qui sous-tendent la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée — soit que [TRADUCTION] « tout litige doit avoir une fin et [. . .] que la même partie ne doit pas être harassée deux fois pour la même cause » (*Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), p. 946) — constituent des principes fondamentaux qui visent avant tout l’atteinte de l’équité et la prévention de l’injustice *en préservant le caractère définitif des litiges*. Cela demeure vrai, comme l’ont affirmé les juges majoritaires dans *Figliola*, tant à l’égard des cours de justice que des tribunaux administratifs. L’approche préconisée par nos collègues mine ces principes et risque de transformer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en une enquête dépourvue de tout encadrement sur l’« équité » et l’« injustice » de la procédure des tribunaux administratifs et ravive une approche que la Cour a refusé d’appliquer dans *Figliola*.

I. Contexte factuel

[79] L’appelant, Wayne Penner, a déposé une plainte contre deux agents de police, dans laquelle il alléguait que ceux-ci étaient coupables d’inconduite au sens de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, et du *Code of Conduct* (Règl. de l’Ont. 123/98, partie V, ann.). Il alléguait que les agents de police avaient effectué une arrestation illégale et avaient fait usage d’une force excessive tant lors de l’arrestation qu’au poste de police. M. Penner a également intenté une action civile devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario pour que les mêmes agents de police

use of unnecessary force, false imprisonment, and malicious prosecution.

[80] In 2004, Mr. Penner’s complaint under the *Police Services Act* proceeded to a disciplinary hearing before a hearing officer, a retired superintendent of the Ontario Provincial Police, who was appointed by the Chief of Police. The hearing took place over the course of several days, during which time 13 witnesses were called, exhibits were filed, including audio and video recordings of the relevant events, and each party including Mr. Penner had the opportunity to make submissions on points of law. Mr. Penner, as the complainant, had the option to retain legal counsel but chose to represent himself. He was active in the proceedings: he testified, participated in cross-examination, and provided written submissions.

[81] The hearing officer gave written reasons for his decision. In his reasons, he dismissed Mr. Penner’s complaint and found the police officers not guilty of any misconduct, rejecting most of Mr. Penner’s evidence, and preferring the testimony of the other witnesses, as well as the audio and video recordings of the events.

[82] He made the following findings of fact:

- he “was unable to see any evidence whatsoever of any excessive or unnecessary force used on Mr. Penner” (A.R., at p. 112 (emphasis added));
- “there is no clear, convincing or cogent evidence whatsoever to indicate that Mr. Penner was the victim of the unnecessary or unlawful application of force while in custody at the police station” (p. 114 (emphasis added)); and
- he was “convinced that Mr. Penner was exhibiting behaviour that would be consistent with escalating hostility” and that therefore “the force that was used during Mr. Penner’s arrest was totally justified” (p. 115 (emphasis added)).

soient condamnés à lui verser des dommages-intérêts pour arrestation illégale, recours à une force excessive, détention injustifiée et poursuite abusive.

[80] En 2004, la plainte de M. Penner, déposée en application de la *Loi sur les services policiers*, a donné lieu à une audience disciplinaire devant un agent d’audience, un surintendant à la retraite de la Police provinciale de l’Ontario, nommé par le chef de police. L’audience s’est déroulée pendant plusieurs jours durant lesquels 13 témoins ont été appelés, des pièces ont été produites — notamment des enregistrements audio et vidéo des événements pertinents — et où chaque partie, y compris M. Penner, a pu présenter des observations sur des questions de droit. À titre de plaignant, M. Penner pouvait retenir les services d’un avocat, mais il a choisi de se représenter lui-même. Il a participé activement à l’instance : il a livré un témoignage, a participé au contre-interrogatoire et a présenté des observations écrites.

[81] L’agent d’audience a motivé sa décision par écrit. Il a rejeté la plainte de M. Penner et a déclaré les agents de police non coupables d’inconduite. Il a rejeté la plus grande partie du témoignage de M. Penner, lui préférant les dépositions des autres témoins, ainsi que les enregistrements audio et vidéo des événements.

[82] L’agent d’audience a tiré les conclusions de fait suivantes :

- il n’a [TRADUCTION] « trouvé aucun élément de preuve démontrant que les agents ont fait usage d’une force inutile ou excessive à l’endroit de M. Penner » (d.a., p. 112 (nous soulignons));
- il a conclu qu’« il n’y a aucune preuve claire, convaincante ou pertinente démontrant que M. Penner a été victime d’un usage excessif ou illégal de la force lorsqu’il a été placé sous garde au poste de police » (p. 114 (nous soulignons));
- il était « convaincu que M. Penner a adopté un comportement qui s’est transformé en hostilité » et que, par conséquent, « le degré de force utilisé lors de l’arrestation de M. Penner était tout à fait justifié » (p. 115 (nous soulignons)).

[83] Mr. Penner appealed on the basis of these findings to the Ontario Civilian Commission on Police Services. The Commission overturned the decision of the hearing officer for the reason that the officers did not have the lawful authority to arrest Mr. Penner in a courtroom presided over by a Justice of the Peace.

[84] The respondents sought judicial review of the Commission's decision in the Ontario Divisional Court. The Divisional Court unanimously found the Commission's decision to be unreasonable and restored the hearing officer's decision (*Parker v. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317). The Divisional Court found that the findings of fact made by the hearing officer were based on an "ample evidentiary foundation" and that there was "no manifest error, no ignoring of conclusive or relative evidence, nor any indication he misunderstood the evidence or drew erroneous conclusions from it" (para. 28). Mr. Penner did not appeal the decision of the Divisional Court to the Ontario Court of Appeal.

[85] Following the conclusion of the judicial review proceedings, the respondents (who are defendants in the civil action) brought a motion under Rule 21.01 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to dismiss Mr. Penner's civil claims for unlawful arrest, use of unnecessary force, false imprisonment and malicious prosecution, all on the basis of issue estoppel. The motion judge granted the Rule 21 motion and struck these allegations from Mr. Penner's statement of claim.

[86] The Ontario Court of Appeal dismissed Mr. Penner's appeal (2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 688). The Court of Appeal agreed with the motion judge that the preconditions for issue estoppel had been met and found that there were no grounds to exercise their discretion not to apply the doctrine in this case.

[83] Invoquant ces conclusions, M. Penner a interjeté appel à la Commission civile des services policiers de l'Ontario. Celle-ci a infirmé la décision de l'agent d'audience au motif que les agents de police n'étaient pas légalement autorisés à arrêter M. Penner dans une salle d'audience pendant qu'un juge de paix présidait la séance.

[84] Les intimés ont alors demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission devant la Cour divisionnaire de l'Ontario. Cette dernière a conclu à l'unanimité que la décision de la Commission était déraisonnable et a rétabli la décision de l'agent d'audience (*Parker c. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317). Selon la Cour divisionnaire, les conclusions de fait tirées par l'agent d'audience étaient [TRADUCTION] « fondées amplement sur la preuve » et il n'y avait « aucune erreur manifeste, aucune omission de tenir compte d'éléments de preuve concluants ou pertinents, ni aucune indication qu'il a mal interprété la preuve ou qu'il en a tiré des conclusions erronées » (par. 28). M. Penner n'a pas interjeté appel de la décision de la Cour divisionnaire devant la Cour d'appel de l'Ontario.

[85] Au terme de la procédure de contrôle judiciaire, les intimés (les défendeurs à l'action civile) ont présenté une motion en vertu de la règle 21.01 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, visant à faire rejeter l'action civile intentée par M. Penner pour arrestation illégale, recours à une force excessive, détention injustifiée et poursuite abusive, en invoquant contre toutes ces allégations la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le juge des motions a accueilli la motion présentée en vertu de la règle 21 et a radié ces allégations de la déclaration de M. Penner.

[86] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de M. Penner (2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 700). Elle a convenu avec le juge des motions que les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée avaient été réunies et a conclu qu'elle n'avait aucune raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de refuser d'appliquer cette doctrine dans la présente affaire.

[87] In his appeal to this Court, Mr. Penner does not directly challenge the Court of Appeal’s finding that the preconditions for issue estoppel are satisfied. Rather, his appeal focuses on whether the Court of Appeal properly exercised its discretion to apply issue estoppel and argues that it should have declined to do so.

II. Analysis

A. *The Role of Issue Estoppel*

[88] The doctrine of issue estoppel seeks to protect the finality of litigation by precluding the relitigation of issues that have been conclusively determined in a prior proceeding. It arose as a doctrinal response to the “twin principles . . . that there should be an end to litigation and . . . that the same party shall not be harassed twice for the same cause” (*Carl Zeiss Stiftung*, at p. 946; K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley: Res Judicata* (4th ed. 2009), at p. 4; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 4-7).

[89] These twin principles are often expressed in terms of the public interest in ensuring the finality of litigation, whether it is civil, criminal or administrative, and the individual interests of protecting the parties against the unfairness of repeated suits and prosecutions (see *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1, at para. 53; Handley, at p. 4; Lange, at p. 7). However, it is clear that the overarching goal underlying both principles is to protect the fairness and integrity of the justice system by preventing duplicative proceedings. In other words, these principles are not competing values, but are fundamentally linked. As this Court recently recognized in *Figliola*, the ultimate goal of issue estoppel is not achieved by simply balancing fairness and finality, but in seeking to protect the “fairness of finality in decision-making and the

[87] Dans son pourvoi devant la Cour, M. Penner ne conteste pas directement la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle les conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ont été réunies. Son pourvoi porte plutôt sur la question de savoir si la Cour d’appel a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, et il fait valoir qu’elle aurait dû refuser de le faire.

II. Analyse

A. *Le rôle de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

[88] La doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée vise à protéger le caractère définitif des litiges en empêchant la remise en cause de questions déjà tranchées lors d’une instance antérieure. Elle constitue la réaction théorique aux [TRANSDUCTION] « principes jumeaux [. . .] selon lesquels tout litige doit avoir une fin et [. . .] la même partie ne doit pas être harassée deux fois pour la même cause » (*Carl Zeiss Stiftung*, p. 946; K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley : Res Judicata* (4^e éd. 2009), p. 4; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (3^e éd. 2010), p. 4-7).

[89] Ces principes jumeaux sont souvent définis en fonction de l’intérêt public quant à la sauvegarde du caractère définitif des litiges — que ceux-ci donnent lieu à des recours civils, criminels ou administratifs — et en fonction des intérêts individuels quant à la protection des parties contre l’iniquité des poursuites répétitives (voir *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1, par. 53; Handley, p. 4; Lange, p. 7). Toutefois, il est clair que les deux principes ont pour objectif fondamental de protéger l’équité et l’intégrité du système de justice en empêchant les procédures répétitives. En d’autres termes, ces principes ne sont pas concurrents, mais plutôt fondamentalement liés. Comme l’a reconnu récemment la Cour dans *Figliola*, l’objectif ultime de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée n’est pas atteint simplement en établissant un équilibre entre l’équité et le caractère définitif des

avoidance of the relitigation of issues already decided by a decision-maker with the authority to resolve them” (para. 36 (emphasis added)).

[90] The foundational importance of finality to the judicial system and the individual parties was emphatically explained by Doherty J.A. in *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), at pp. 264-65, leave to appeal refused, [1999] 1 S.C.R. xiv:

Finality is an important feature of our justice system, both to the parties involved in any specific litigation and on an institutional level to the community at large. For the parties, it is an economic and psychological necessity. For the community, it places some limitation on the economic burden each legal dispute imposes on the system and it gives decisions produced by the system an authority which they could not hope to have if they were subject to constant reassessment and variation: J.I. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Lectures 1987, at pp. 23-24.

The parties and the community require that there be a definite and discernible end to legal disputes. There must be a point at which the parties can proceed on the basis that the matter has been decided and their respective rights and obligations have been finally determined. Without a discernible end point, the parties cannot get on with the rest of their lives secure in the knowledge that the issue has finally been determined, but must suffer the considerable economic and psychological burden of indeterminate proceedings in which their respective rights and obligations are revisited and reviewed as circumstances change.

[91] As a species of *res judicata*, issue estoppel is conceptually related to the doctrines of cause of action estoppel, collateral attack, and abuse of process (Lange, at pp. 1-4). Both individually and together, these doctrines are of fundamental importance to the finality principle — they are “not merely . . . technical rule[s]” but rather, “g[o] to the heart of a system of civil justice that strives for the truth of the matter [and] recognizes that perfection is an unattainable goal and finality is a practical

décisions, mais en cherchant à protéger « l'équité du caractère définitif du processus décisionnel et [à] éviter la remise en cause de questions déjà tranchées par un décideur ayant compétence pour en connaître » (par. 36 (nous soulignons)).

[90] Dans l'arrêt *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), p. 264-265, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xiv, le juge Doherty a fortement souligné l'importance fondamentale que revêt le caractère définitif pour le système juridique et pour les parties :

[TRADUCTION] Le caractère définitif est une caractéristique importante de notre système de justice, à la fois pour les parties au litige et, sur le plan institutionnel, pour la collectivité en général. Pour les parties, il est nécessaire sur le plan économique et psychologique. Pour la collectivité, il limite en quelque sorte le fardeau économique qu'impose chaque litige au système et confère aux décisions rendues par le système l'autorité qu'elles ne pourraient espérer détenir si elles étaient assujetties à une réévaluation et à une variation constantes : J.I. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Lectures 1987, p. 23-24.

Les parties et la collectivité ont besoin que les litiges aient un caractère définitif déterminé et discernable. Les parties doivent pouvoir, à un certain point, savoir que la question a été tranchée et que leurs droits et obligations respectifs ont fait l'objet d'une décision définitive. En l'absence d'une telle issue discernable, les parties ne peuvent pas avoir la certitude que la question a été tranchée définitivement; elles doivent supporter le fardeau économique et psychologique considérable d'instances de durée indéterminée où leurs droits et obligations respectifs sont réexaminés au fur et à mesure que les circonstances changent.

[91] En tant que type de chose jugée, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'apparente sur le plan conceptuel aux doctrines de la préclusion fondée sur la cause d'action, de la règle interdisant les contestations indirectes et de l'abus de procédure (Lange, p. 1-4). Tant individuellement que prises dans leur ensemble, ces doctrines deviennent fondamentales pour assurer le respect du principe du caractère définitif des jugements — elles ne sont [TRADUCTION] « pas de simple[s] règle[s]

necessity” (*Revane v. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76, at para. 17).

B. *The Test for Issue Estoppel*

[92] The three preconditions for the operation of issue estoppel were set out by Dickson J. in *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248: (1) whether the same question has been decided; (2) whether the judicial decision which is said to create the estoppel is final; and (3) whether the parties to the decision or their privies were the same in both proceedings (p. 254).

[93] However, as this Court recognized in *Danyluk*, courts retain a residual discretion not to apply issue estoppel in an individual case. Thus, in that case, this Court set out a two-step test for the application of issue estoppel:

The first step is to determine whether the moving party . . . has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied . . . [Emphasis in original; citations omitted; para. 33.]

[94] Although initially developed in the context of prior court proceedings, issue estoppel has long been applied to judicial or quasi-judicial decisions pronounced by administrative boards and tribunals. In the administrative law context, “the more specific objective is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-making process, whose integrity would be undermined by

technique[s] », mais « se situe[nt] plutôt au cœur même du système de justice civile qui est voué à la recherche de la vérité [et] qui reconnaît aussi que la perfection est un objectif irréalisable et que le caractère définitif des décisions est nécessaire du point de vue pratique » (*Revane c. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76, par. 17).

B. *Le critère régissant la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

[92] Le juge Dickson a énoncé dans *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248, les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée : (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l’affaire où la fin de non-recevoir est soulevée (p. 254).

[93] Toutefois, comme la Cour l’a reconnu dans *Danyluk*, les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire résiduel d’appliquer ou non la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans un cas individuel. Par conséquent, dans l’affaire mentionnée précédemment, la Cour a énoncé le test suivant à deux volets quant à l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée :

Il s’agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant [. . .] a établi l’existence des conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l’arrêt *Angle*, précité. Dans l’affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée . . . [En italique dans l’original; références omises; par. 33.]

[94] Bien que formulée, au départ, dans le contexte d’une procédure judiciaire antérieure, la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est appliquée depuis longtemps aux décisions judiciaires ou quasi judiciaires prononcées par les commissions et les tribunaux administratifs. En droit administratif, « l’objectif spécifique poursuivi consiste à assurer l’équilibre entre le respect de l’équité envers les

too readily permitting collateral attack or relitigation of issues once decided” (*Danyluk*, at para. 21).

[95] Consistent with the principles underlying issue estoppel, the fairness to the parties is focused on preventing parties from undergoing the burden of duplicative litigation — the objective of fairness is linked to the principle of finality. Indeed, in *Danyluk*, Binnie J., writing for the Court, focused on the importance of finality in litigation:

An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided. [para. 18]

[96] In other words, Binnie J. stated, “[a] litigant . . . is only entitled to one bite at the cherry” (para. 18). Underlying the application of issue estoppel in this context is the theory that “estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of justice” (para. 19).

[97] This Court revisited the exercise of discretion to apply issue estoppel in the context of prior administrative proceedings in *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279. The Court acknowledged the different purposes of the competing procedures. Nevertheless, in that case considerable emphasis was placed on the stability and finality of decisions and the importance of deference and adequate alternative remedies in the administrative context as crucial considerations in determining whether issue estoppel should be applied in a particular case:

parties et la protection du processus décisionnel administratif, dont l’intégrité serait compromise si on autorisait trop facilement les contestations indirectes ou l’engagement d’une nouvelle instance à l’égard de questions déjà tranchées » (*Danyluk*, par. 21).

[95] Selon les principes sous-jacents à la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, l’équité envers les parties vise à empêcher le fardeau lié aux instances faisant double emploi — l’objectif de l’équité est associé au principe du caractère définitif. En effet, dans *Danyluk*, le juge Binnie, s’exprimant au nom de la Cour, s’est penché sur l’importance du caractère définitif des instances :

Une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause. Une personne ne devrait être tracassée qu’une seule fois à l’égard d’une même cause d’action. Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités. [par. 18]

[96] Autrement dit, comme l’a indiqué le juge Binnie, « un plaideur n’a droit qu’à une seule tentative » (par. 18). C’est la thèse selon laquelle « la préclusion est une doctrine d’intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice » (par. 19) qui sous-tend l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans ce contexte.

[97] La Cour a réexaminé, dans *Boucher c. Stelco Inc.*, 2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279, l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’appliquer ou non la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le contexte d’une procédure administrative antérieure. La Cour a reconnu les objectifs différents des procédures concurrentes. Néanmoins, dans cette affaire, la Cour a accordé un poids considérable à la stabilité et au caractère définitif des décisions ainsi qu’à l’importance de la déférence et d’autres recours appropriés en matière administrative, en tant que facteurs cruciaux pour déterminer s’il convient d’appliquer la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans un cas particulier :

The situation in which the respondent could find itself if the principles of *res judicata* or issue estoppel were not applied illustrates the danger of a collateral attack and of the failure to avail oneself in a timely manner of the recourses against decisions of administrative bodies or courts of law that are available in the Canadian legal system. The stability and finality of judgments are fundamental objectives and are requisite conditions for ensuring that judicial action is effective and that effect is given to the rights of interested parties. [Emphasis added; para. 35.]

[98] More recently, in *Figliola*, this Court considered the discretionary application of issue estoppel and its related doctrines in administrative proceedings. In that case, the majority emphasized the importance of the underlying principle of finality to the integrity of the justice system, noting that the discretionary application of doctrines such as issue estoppel, “should be guided less by precise doctrinal catechisms and more by the goals of the fairness of finality in decision-making and the avoidance of . . . relitigation” (para. 36).

[99] In *Figliola*, the majority explicitly rejected an approach that suggests that fairness and finality are discrete objectives. Rather, the majority embraced the notion that preserving the finality of administrative adjudication and preventing relitigation better protected the fairness and integrity of the justice system and the interests of justice:

Justice is enhanced by protecting the expectation that parties will not be subjected to the relitigation in a different forum of matters they thought had been conclusively resolved. Forum shopping for a different and better result can be dressed up in many attractive adjectives, but fairness is not among them. [para. 36]

[100] This approach is consistent with the long-standing principles underlying issue estoppel and *res judicata* that emphasize and protect the finality of litigation.

La situation dans laquelle pourrait se trouver l’intimée si ce n’était l’application des règles de la chose jugée ou de la préclusion illustre le danger d’une contestation incidente et du défaut d’exercer en temps utile les recours que connaît le système judiciaire canadien contre la décision d’un organisme administratif ou d’une cour de justice. La stabilité et le caractère définitif des jugements constituent des objectifs fondamentaux et des conditions de l’efficacité de l’action judiciaire comme de l’effectivité des droits des intéressés. [Nous soulignons; par. 35.]

[98] Plus récemment, dans *Figliola*, la Cour s’est penchée sur l’application discrétionnaire de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et des doctrines connexes dans les procédures administratives. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont souligné l’importance du principe sous-jacent du caractère définitif pour l’intégrité du système de justice, faisant remarquer que « ce ne sont pas tant des dogmes doctrinaux précis qui devraient guider [l’application discrétionnaire des doctrines telle la préclusion découlant d’une question déjà tranchée] que les objets de la disposition, qui sont d’assurer l’équité du caractère définitif du processus décisionnel et d’éviter la remise en cause de questions déjà tranchées . . . » (par. 36).

[99] Dans *Figliola*, les juges majoritaires ont rejeté expressément l’approche voulant que l’équité et le caractère définitif des décisions soient des objectifs distincts. Ils ont plutôt décidé que préserver le caractère définitif d’une décision administrative et empêcher les remises en cause protégeait mieux l’équité et l’intégrité du système de justice ainsi que les intérêts de la justice :

La justice est accrue par la protection de l’attente des parties qu’elles ne soient pas sujettes à des instances supplémentaires, devant un forum différent, pour des questions qu’elles estimaient résolues définitivement. Le magasinage de forum pour que l’issue d’un litige soit différente et meilleure peut être maquillé de nombreux qualificatifs attrayants, l’équité n’en fait toutefois pas partie. [par. 36]

[100] Cette approche respecte les principes bien établis sous-jacents à la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et à celle de la chose jugée qui mettent en valeur et protègent le caractère définitif du litige.

C. *Issue Estoppel and Administrative Decisions*

[101] This Court's recent affirmation of the principle of finality underlying issue estoppel in *Figliola* is crucial to preserving the principles underlying our modern approach to administrative law. Our colleagues' failure to safeguard the finality of litigation also substantially undermines these principles. In applying the doctrine of issue estoppel, there is no reason to treat administrative proceedings differently from court proceedings in the name of "fairness". To do so would undermine the entire system of administrative law.

[102] In *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), the purpose of administrative tribunals was described as follows:

[Administrative tribunals] were expressly created as independent bodies for the purpose of being an alternative to the judicial process, including its procedural panoplies. Designed to be less cumbersome, less expensive, less formal and less delayed, these impartial decision-making bodies were to resolve disputes in their area of specialization more expeditiously and more accessibly, but no less effectively or credibly

. . . The methodology of dispute resolution in these tribunals may appear unorthodox to those accustomed only to the court-room's topography, but while unfamiliar to a consumer of judicial justice, it is no less a form and forum of justice to *its* consumers. [Emphasis in original; pp. 279-80.]

[103] In applying issue estoppel in the context of administrative law, differences in the process or procedures used by the administrative body should not be used to override the principle of finality. The different purposes of administrative tribunal proceedings should not be invoked either. Otherwise, every substantive legal issue could be reconsidered in subsequent or concurrent civil proceedings, as it could almost always be said that such proceedings

C. *La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et les décisions administratives*

[101] La confirmation récente par la Cour, dans *Figliola*, du principe du caractère définitif sous-jacent à la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est essentielle pour assurer le respect des principes sous-jacents de notre approche moderne du droit administratif. L'approche préconisée par nos collègues en ne sauvegardant pas le caractère définitif des décisions sape aussi gravement ces principes. Lorsqu'on applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il n'existe aucune raison de traiter la procédure administrative différemment de la procédure judiciaire au nom de l'« équité ». Agir ainsi minerait l'ensemble du système de droit administratif.

[102] Dans *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), la Cour a décrit de la manière qui suit la raison d'être des tribunaux administratifs :

[TRADUCTION] [Les tribunaux administratifs] ont été expressément créés à titre d'organismes indépendants comme solution de rechange au processus judiciaire et notamment à sa panoplie de procédures. Conçus pour être plus légers, plus accessibles, moins formels et plus expéditifs, ces organismes décisionnels impartiaux devaient trancher les litiges dans leur domaine de spécialisation plus rapidement et plus facilement, mais de manière tout aussi efficace et crédible

. . . La méthode de règlement des litiges devant ces tribunaux peut sembler peu orthodoxe aux personnes habituées à la salle d'audience, mais bien qu'elle soit peu connue des connaisseurs des principes judiciaires, elle constitue tout autant une forme et une tribune de justice pour *ses* usagers. [En italique dans l'original; p. 279-280.]

[103] Lorsqu'on applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte du droit administratif, il est inadmissible d'invoquer les différences entre le processus et les procédures judiciaires et ceux utilisés par l'organisme administratif pour écarter le principe du caractère définitif des décisions. On ne saurait non plus invoquer les objectifs différents visés par la procédure des tribunaux administratifs. Autrement, toute question

have different purposes. The discretionary application of issue estoppel in the administrative law context recognizes that the full panoply of protections and procedures may not exist in an administrative proceeding, but that neither a lack of such protections nor the different objectives of an administrative process are, by themselves, sufficient to warrant the exercise of the court's discretion. In other words, the moving party cannot seek to "rely on general fairness concerns which exist whenever the finding relied on emanates from a tribunal whose procedures are summary and whose tasks are narrower than those used and performed by the courts" (*Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 41).

[104] The majority in *Figliola* consistently referred to tribunal and court decisions together when discussing the applicable principles, including the exercise of discretion, and never distinguished between them. The idea that discretion should be exercised more broadly when dealing with administrative tribunals was found only in the dissent (para. 61).

[105] The policy objectives underlying issue estoppel — avoiding duplicative litigation, inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings — are enhanced by acknowledging administrative decisions as binding in appropriate circumstances. As this Court recognized in *Figliola*,

[r]espect for the finality of a[n] . . . administrative decision increases fairness and the integrity of . . . administrative tribunals and the administration of justice; on the other hand, relitigation of issues that have been previously decided in an appropriate forum may undermine confidence in this fairness and integrity by creating inconsistent results and unnecessarily

substantive de droit pourrait être réexaminée dans le cadre d'instances civiles ultérieures ou concurrentes, car on peut dire presque dans tous les cas que ces procédures ont des objectifs différents. L'application discrétionnaire de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit administratif reconnaît que toute la panoplie de mesures de protection et de procédures ne se retrouve peut-être pas dans le cadre d'une procédure administrative. Cependant, ni l'absence de telles mesures ni les objectifs différents d'un processus administratif ne suffisent en eux-mêmes pour justifier l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, la partie requérante ne peut chercher à [TRADUCTION] « s'appuyer sur des préoccupations touchant à l'équité en général qui surgissent chaque fois que la conclusion invoquée est tirée par un tribunal dont les procédures sont sommaires et dont les fonctions sont plus restreintes que celles des cours de justice » (*Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 41).

[104] Dans *Figliola*, les juges majoritaires font constamment référence conjointement aux décisions des tribunaux et des cours de justice lorsqu'ils discutent des principes applicables — y compris l'exercice du pouvoir discrétionnaire — et ils ne font jamais de distinction entre celles-ci. L'idée que ce pouvoir discrétionnaire devrait être plus étendu lorsqu'il est question de tribunaux administratifs n'est évoquée que dans la dissidence (par. 61).

[105] Les objectifs stratégiques sous-jacents à la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée — éviter les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives — sont renforcés si l'on admet que les décisions administratives sont exécutoires dans des circonstances appropriées. Comme l'a reconnu la Cour dans *Figliola*,

[l]e respect du caractère définitif d'une décision [. . .] administrative renforce l'équité et l'intégrité des tribunaux [. . .] administratifs ainsi que de l'administration de la justice; à l'opposé, la remise en cause de questions déjà tranchées par un forum compétent peut miner la confiance envers l'équité et l'intégrité du système en créant de l'incohérence et en suscitant des recours faisant

duplicative proceedings (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paras. 38 and 51). [para. 34]

[106] Moreover, the principle of finality underlying issue estoppel is directly linked to the principles of deference in the administrative law. The application of issue estoppel recognizes that “[p]arties should be able to rely particularly on the conclusive nature of administrative decisions . . . since administrative regimes are designed to facilitate the expeditious resolution of disputes” (*Figliola*, at para. 27). It also acknowledges the principle of deference which underlies the judicial review jurisprudence of this Court and the importance and values that it attaches to administrative decisions (see, for example, *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 11). It also gives effect to the “adequate alternative remedy” principle, which requires parties to use the appropriate judicial review or appeal mechanism to challenge the validity or correctness of an administrative decision, by preventing parties from circumventing these processes to seek a different result in a new forum. The broad exercise of the residual discretion not to apply issue estoppel in the present case can hardly be reconciled with the importance of deference to administrative decisions which underlies the judicial review jurisprudence of this Court. In so doing, our colleagues deny the value and importance of administrative adjudication, which this Court has so strongly emphasized on many occasions.

[107] The court’s residual discretion not to apply issue estoppel should not be used to impose a particular model of adjudication in a manner inconsistent with principles of deference that lie at the core of administrative law. Where the legislature has provided a tribunal with the requisite authority to make a decision, and that decision is judicial or quasi-judicial in nature, it would run counter to the principles of deference to broaden the court’s discretion in a manner that would, in most cases,

inutilement double emploi (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 38 et 51). [par. 34]

[106] En outre, le principe du caractère définitif des décisions qui sous-tend la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est directement lié au principe de la déférence en droit administratif. L’application de cette doctrine reconnaît que « les parties devaient pouvoir être assurées du caractère définitif des décisions administratives, en particulier, parce que ces régimes visent à faciliter le règlement rapide des différends » (*Figliola*, par. 27). Elle reconnaît aussi le principe de déférence qui sous-tend la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle judiciaire ainsi que l’importance et la valeur accordées aux décisions administratives (voir, par exemple, *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 11). Elle donne aussi effet au principe selon lequel l’existence d’un autre recours approprié oblige les parties de se prévaloir du mécanisme approprié de contrôle judiciaire ou d’appel pour contester la validité ou le bien-fondé d’une décision administrative, en les empêchant de contourner ces processus pour rechercher un résultat différent devant un nouveau forum. En l’espèce, il est difficile de concilier le vaste exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée avec l’importance de la déférence envers les décisions administratives qui est à la base de la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle judiciaire. Ce faisant, nos collègues nient ainsi la valeur et l’importance des décisions des tribunaux administratifs, que la Cour a tout particulièrement soulignée à maintes reprises.

[107] Les cours ne devraient pas se servir de leur pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour imposer un modèle particulier de décision, à l’encontre du principe de déférence qui est au cœur du droit administratif. Lorsque le législateur confère à un tribunal le pouvoir nécessaire de prendre une décision et que la décision en question est de nature judiciaire ou quasi judiciaire, on contreviendrait au principe de déférence. En effet, on élargirait la portée

permit an unsuccessful party to circumvent judicial review and turn, instead, to the courts for a re-adjudication of the merits. As the Ontario Court of Appeal found in *Schweneke*, an overly broad application of discretion in the administrative context would “swallow whole the rule that makes the doctrine applicable to findings made by tribunals whose processes, although judicial, are less elaborate than those employed in civil litigation” (para. 39).

[108] This leads us to consider how the principles set out in *Figliola* should be applied to this case.

D. Application

[109] The thrust of Mr. Penner’s submissions on appeal is that the police disciplinary proceedings lacked the “hallmarks of an ordinary civil trial”. In particular, he emphasizes that he had limited rights of participation as a public complainant, that the statutory scheme is incompatible with the application of issue estoppel, that the hearing officer lacked true independence, and that the standard of proof in the disciplinary proceedings was higher than a civil trial. For these reasons, he argues, the Court should exercise its discretion not to apply issue estoppel in this case.

[110] Mr. Penner’s submissions are completely inconsistent with this Court’s prior jurisprudence and the approach to issue estoppel recently articulated by this Court in *Figliola*. The Court’s residual discretion not to apply issue estoppel should be governed by the interests of fairness in preserving the finality of litigation. It should not be exercised in a manner that would impose a particular model of adjudication, undermine the integrity of administrative tribunals, and deny

du pouvoir discrétionnaire des cours de justice d’une manière qui, dans la plupart des cas, permettrait à la partie perdante de contourner le contrôle judiciaire et de s’adresser plutôt à une cour de justice pour qu’elle se prononce une nouvelle fois sur le fond de l’affaire. Comme l’a écrit la Cour d’appel de l’Ontario dans *Schweneke*, une application trop large du pouvoir discrétionnaire dans le contexte administratif aurait pour effet [TRADUCTION] d’« écarter complètement la règle qui permet l’application de la doctrine aux conclusions tirées par les tribunaux dont les procédures, quoique de nature judiciaire, sont moins élaborées que celles applicables dans le cadre d’un litige civil » (par. 39).

[108] Ces réflexions nous amènent à examiner la manière dont il convient d’appliquer en l’espèce les principes énoncés dans l’arrêt *Figliola*.

D. Application

[109] Les arguments présentés par M. Penner dans le cadre de l’appel portent pour l’essentiel que les procédures disciplinaires de la police ne possédaient pas [TRADUCTION] « les caractéristiques d’un procès civil ordinaire ». Plus particulièrement, il plaide que ses droits de participation à titre de plaignant étaient limités, que le régime législatif n’est pas compatible avec l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, que l’agent d’audience ne jouissait pas d’une véritable indépendance et que la norme de preuve dans le cadre des procédures disciplinaires était plus élevée qu’en matière civile. Pour ces motifs, soutient-il, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser, en l’espèce, d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[110] Les arguments de M. Penner sont totalement incompatibles avec la jurisprudence antérieure de la Cour et avec l’approche concernant la préclusion découlant d’une question déjà tranchée formulée récemment par notre Cour dans *Figliola*. L’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel de la Cour de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devrait obéir à un souci d’équité et préserver le caractère définitif d’un litige. Il ne devrait pas être exercé de manière à

their decisions the deference owed to them under the jurisprudence of this Court. Applying these principles to the case before us, there is no reason to exercise our discretion not to apply issue estoppel.

[111] The disciplinary hearing conducted by the hearing officer is designed to be an independent, fair, accountable and binding adjudicative process. It was conducted in accordance with the requirements prescribed by the statute and principles of procedural fairness: see *Police Services Act*, ss. 64(7) to (10), 69; *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22. The hearing officer considered sworn testimony and written submissions. Mr. Penner, as a party to the proceedings, had the opportunity to lead evidence, cross-examine witnesses, and make submissions. He had the option to retain legal counsel. Judicial oversight of the proceedings was available under a statutory right of appeal — a right Mr. Penner exercised in this case and which ultimately led to a review of the hearing officer's decision by the Divisional Court.

[112] Thus, the hearing officer's decision was made in circumstances in which Mr. Penner knew the case he had to meet, had a full opportunity to meet it, and lost. Had he won, the hearing officer's decision would have been no less binding.

[113] This *quid pro quo* of issue estoppel, in turn, bears directly on Mr. Penner's argument that the purpose of the proceedings was different and that, because the disciplinary hearing did not permit him to seek damages, he should be permitted to pursue a civil action. As the Court of Appeal found, the different purposes of the two proceedings is not determinative in this case, since Mr. Penner had the opportunity to receive an indirect financial benefit in the disciplinary hearing. Had the hearing officer made a positive finding of police misconduct, the

imposer un modèle particulier de décision, à miner l'intégrité des tribunaux administratifs, et à refuser à leurs décisions la déférence qu'elles commandent selon la jurisprudence de la Cour. En appliquant ces principes en l'espèce, nous constatons qu'il n'y a pas lieu d'exercer notre pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[111] L'audience disciplinaire menée par l'agent d'audience est conçue pour établir un processus décisionnel indépendant, équitable, responsable et exécutoire. Elle s'est déroulée conformément aux exigences de la loi et aux principes de l'équité procédurale : voir la *Loi sur les services policiers*, par. 64(7) à (10) et art. 69; *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22. L'agent d'audience a examiné des témoignages sous serment et des observations écrites. À titre de partie à l'instance, M. Penner a eu la possibilité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de présenter des observations. Il avait le choix de retenir les services d'un avocat. Il pouvait demander le contrôle judiciaire de la procédure en vertu du droit d'appel prévu par la loi — droit que M. Penner a exercé en l'espèce et qui, en fin de compte, a mené au contrôle de la décision de l'agent d'audience par la Cour divisionnaire.

[112] Par conséquent, l'agent d'audience a rendu sa décision dans des circonstances où M. Penner connaissait le fardeau de preuve qui lui incombait, il a pleinement eu la possibilité d'établir cette preuve et il a été débouté. S'il avait eu gain de cause, la décision de l'agent d'audience aurait lié tout autant les parties.

[113] Or, la contrepartie que procure la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée porte directement sur l'argument de M. Penner selon lequel l'instance avait un objet différent et que, parce que l'audience disciplinaire ne lui permettait pas de réclamer des dommages-intérêts, il devrait être autorisé à intenter une action civile. Comme l'a conclu la Cour d'appel, la différence entre les objets des deux instances n'est pas un facteur déterminant en l'espèce, puisque M. Penner a eu la possibilité de tirer un avantage

application of issue estoppel would have assisted the complainant in a subsequent civil action for damages. Essentially, in such a case, the complainant would be relieved of having to prove liability and the civil case would proceed straight to an assessment of damages. In other words, as the Court of Appeal noted, in the present case, “issue estoppel works both ways” (para. 43).

[114] Mr. Penner further relies on specific provisions of the *Police Services Act*, which he states are incompatible with the application of issue estoppel, since they specifically contemplate parallel civil proceedings. He relies, in particular, on ss. 69(8), 69(9) and 80 (now ss. 83(7), 83(8) and 95), which deal with statutory privilege and confidentiality. We do not find this to be persuasive. These provisions of the *Police Services Act* are designed to ensure the integrity of the disciplinary process. They do not suggest that issue estoppel cannot apply to bar civil proceedings. As Lange observes, where legislatures intend issue estoppel not to apply to an administrative decision, there should be clear language in the statute to foreclose this possibility (p. 122).

[115] Even in cases where the wording of the statute specifically contemplates corollary civil rights or remedies, the courts have applied issue estoppel. For example, in *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv, the Alberta Court of Appeal considered whether s. 9(1)(a) of the *Employment Standards Code*, S.A. 1988, c. E-10.2, precluded the application of issue estoppel. Section 9(1)(a) provided that “[n]othing in this Act affects any civil remedy that an employee has against his employer”.

financier indirect dans le cadre de l’audience disciplinaire. Si l’agent d’audience avait conclu à l’inconduite des agents de police, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée aurait été utile au plaignant dans le cadre d’une action civile subséquente en dommages-intérêts. Pour l’essentiel, dans un tel cas de figure, le plaignant serait libéré de l’obligation d’établir le préjudice et l’instance civile se poursuivrait directement par l’évaluation des dommages-intérêts. Autrement dit, comme l’a indiqué la Cour d’appel en l’espèce, [TRADUCTION] « la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est applicable dans les deux sens » (par. 43).

[114] M. Penner se fonde aussi sur des dispositions particulières de la *Loi sur les services policiers*, qui, d’après lui, sont incompatibles avec l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée puisqu’elles prévoient expressément des instances civiles parallèles. Il invoque notamment les par. 69(8), 69(9) et l’art. 80 (maintenant les par. 83(7), 83(8) et l’art. 95), qui portent sur le privilège prévu par la loi et la confidentialité. Cet argument n’est pas convaincant. Les dispositions en question de la *Loi sur les services policiers* visent à garantir l’intégrité du processus disciplinaire. Elles ne donnent pas à entendre que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne peut pas être appliquée pour prononcer l’irrecevabilité d’instances civiles. Comme le fait observer l’auteur Lange, lorsque le législateur a l’intention d’empêcher l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée à une décision administrative, il doit exprimer clairement dans la loi son intention à cet égard (p. 122).

[115] Même lorsque le libellé de la loi prévoit expressément des droits ou des recours civils connexes, les tribunaux ont appliqué la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Par exemple, dans *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv, la Cour d’appel de l’Alberta a examiné la question de savoir si l’al. 9(1)(a) du *Employment Standards Code*, S.A. 1988, ch. E-10.2, empêchait l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Selon l’alinéa 9(1)(a),

The employee argued that s. 9(1) of the *Code* was intended to preserve a civil action regardless of the fact that he had sought relief under the *Code* and obtained a final decision. The Court of Appeal rejected this interpretation:

While s. 9(1)(a) does not purport to remove any common law rights, and, in fact, seeks to preserve them, the wording does not preclude the application by the courts of issue estoppel. The legislature has provided the employee with a choice of forum. The employee may commence an action or may pursue remedies under the *Code*. The legislation does not provide that both remedies may be pursued by the employee in respect of the same complaint. [para. 14]

(See also *Rasanen*.)

[116] Similarly, the provisions relied upon by Mr. Penner in this case, which contemplate civil proceedings, do not specifically preclude the application of issue estoppel by a court.

[117] Moreover, to interpret these provisions in a manner that would preclude the application of issue estoppel would be contrary to the purposes of the *Police Services Act*, which is designed to increase public confidence in the provision of police services, including the processing of complaints. Preventing the courts from applying issue estoppel in the context of disciplinary proceedings would run counter to this purpose — decisions would not be final or binding and would be open to relitigation and potentially inconsistent results. This would undermine public confidence in the complaints process and in the integrity of the administrative decision-making process more broadly.

[118] Mr. Penner further takes issue with the independence of the hearing officer in this case. In particular, Mr. Penner submits that because the

[TRADUCTION] « [l]a présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte aux recours civils que l'employé peut exercer contre son employeur ». L'employé faisait valoir que le par. 9(1) du *Code* visait à protéger une action civile, sans égard au fait qu'il avait demandé une réparation en vertu du *Code* et obtenu une décision définitive. La Cour d'appel a rejeté cette interprétation :

[TRADUCTION] Bien que l'al. 9(1)(a) ne vise pas à supprimer de droits reconnus par la common law, et qu'il cherche en fait à les préserver, son libellé ne fait pas obstacle à l'application par les tribunaux de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le législateur donne à l'employé le choix du tribunal à qui il va s'adresser. L'employé peut intenter une action ou exercer les recours prévus dans le *Code*. La loi ne prévoit pas la possibilité que l'employeur exerce les deux recours à l'égard de la même plainte. [par. 14]

(Voir également *Rasanen*.)

[116] Dans le même ordre d'idées, les dispositions — qui prévoient des instances civiles — invoquées par M. Penner en l'espèce n'empêchent pas expressément l'application par un tribunal de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[117] Qui plus est, interpréter ces dispositions de façon à empêcher l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée contredirait les objectifs de la *Loi sur les services policiers*, qui vise à rehausser la confiance du public dans la prestation de services policiers, notamment le traitement des plaintes. Empêcher les tribunaux d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte d'une procédure disciplinaire irait à l'encontre de cet objectif — les décisions ne seraient pas définitives ou ne lieraient pas les parties, elles pourraient être remises en cause et donner lieu à des résultats contradictoires. Un résultat semblable minerait la confiance du public dans le processus de traitement des plaintes et, de façon plus générale, dans l'intégrité du processus décisionnel administratif.

[118] M. Penner conteste en outre la question de l'indépendance de l'agent d'audience en l'espèce. Plus particulièrement, M. Penner soutient que,

Police Services Act required that the chief of police appoint the investigator, prosecutor, and hearing officer to handle the complaint, the disciplinary hearing process lacked an independent and unbiased adjudicator. This issue was raised *de novo* on Mr. Penner's appeal to this Court.

[119] The method used to appoint an adjudicator should not provide a basis for the exercise of the court's discretion not to apply issue estoppel in this case.

[120] In 2004, the Government of Ontario commissioned a report from the Honourable Patrick J. LeSage, Q.C., to review the complaints process under the *Police Services Act* (see the Honourable Patrick J. LeSage, *Report on the Police Complaints System in Ontario* (2005)). The *LeSage Report* was published in 2005 and made a number of recommendations with respect to the investigation and hearing of police complaints. In the *Report*, LeSage explicitly rejected concerns with respect to the independence of investigators and adjudicators in the complaints process:

I also heard submissions advocating an independent hearings process where the matter has arisen from a public complaint. This would include fully independent prosecutions and fully independent adjudication. I appreciate the demands for greater independence in the hearings process. Indeed, there is much merit to the arguments in support of independence. Conflicts of interest need to be avoided. It would be inappropriate for hearings to be staffed entirely by members of the police service who interact with each other on a daily basis. This problem is especially acute in small police services where outside prosecutors and hearing officers would be necessary. This is already addressed in the current legislation by allowing chiefs of police to appoint prosecutors and hearing officers from outside the police service. [Emphasis added; pp. 77-78.]

[121] In short, the *LeSage Report* upheld the method used to appoint investigators and adjudicators under the *Police Services Act*. In fact, LeSage

puisque la *Loi sur les services policiers* exige que le chef de police nomme l'enquêteur, le poursuivant et l'agent d'audience pour traiter la plainte, le processus d'audience disciplinaire est privé d'un arbitre indépendant et impartial. M. Penner a soulevé de nouveau cette question dans son pourvoi devant la Cour.

[119] La méthode de nomination de l'arbitre ne devrait pas justifier l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[120] En 2004, le gouvernement de l'Ontario a demandé à l'honorable Patrick J. LeSage, c.r., de rédiger un rapport sur le processus de traitement des plaintes régi par la *Loi sur les services policiers* (voir l'honorable Patrick J. LeSage, *Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police* (2005)). Le rapport LeSage, publié en 2005, contient de nombreuses recommandations concernant l'enquête sur les plaintes concernant la police et l'audition de ces plaintes. Dans son rapport, LeSage a expressément rejeté les préoccupations relatives à l'indépendance des enquêteurs et des arbitres dans le cadre du processus de traitement des plaintes :

D'autres intervenants préconisent l'instauration d'un processus indépendant d'audience en cas de plainte du public. Les poursuites et le processus décisionnel seraient tout à fait indépendants. Je reconnais que l'on réclame une indépendance accrue du processus d'audience. Les arguments en sa faveur sont d'ailleurs convaincants. Il faut éviter les conflits d'intérêts; c'est pourquoi la responsabilité des audiences ne devrait pas être confiée intégralement à des membres du corps de police, qui ont des rapports quotidiens. Ce problème touche particulièrement les petits corps de police, qui devraient faire appel à des poursuivants et à des agents enquêteurs de l'extérieur. La loi actuelle aborde déjà cette situation en permettant aux chefs de police de désigner des poursuivants et des agents enquêteurs qui ne font pas partie du corps de police. [Nous soulignons; p. 84-85.]

[121] Bref, le rapport LeSage a confirmé le mode de nomination des enquêteurs et des arbitres prévu par la *Loi sur les services policiers*. En fait, selon

found that concerns with respect to conflicts of interest and independent adjudication were already sufficiently addressed by the very system of appointment Mr. Penner seeks to challenge in this appeal.

[122] In any event, the Chief of Police played no role in the events that formed the basis of the complaints in this case. He designated an outside prosecutor and an independent adjudicator who was a retired superintendent from another police service. There was no challenge to the hearing officer's impartiality at the disciplinary hearing itself or at any of the proceedings below. There is no evidence that the Chief of Police interfered in any manner with the work of the adjudicator. We must add that similar methods of appointment are quite common in labour law, as well as in other areas of law, and are not seen as an obstacle to independent adjudication. Tenure is not the sole marker and condition of adjudicative independence.

[123] Finally, Mr. Penner argues that issue estoppel should not apply in this case since the burden of proof is different in civil proceedings. The statutory standard of proof under the *Police Services Act* requires that a finding of misconduct against a police officer be "proved on clear and convincing evidence" (s. 64(10); now s. 84(1)). This standard is higher than the balance of probabilities standard required in a civil trial.

[124] Mr. Penner relies on *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL), where the Ontario Superior Court of Justice reasoned that because the hearing officer's decision "was determined by a high standard of proof and might have been different if it had been decided based on the lower civil standard" (para. 11), issue estoppel should not preclude a subsequent civil action.

l'auteur du rapport, le système de nomination même que M. Penner cherche à contester dans le présent pourvoi avait déjà bien répondu aux préoccupations quant aux conflits d'intérêts et à l'indépendance du processus décisionnel.

[122] Quoi qu'il en soit, le chef de police n'a joué aucun rôle dans les événements à l'origine des plaintes en l'espèce. Il a désigné un poursuivant de l'extérieur et un arbitre indépendant, soit un surintendant à la retraite d'un autre corps de police. L'impartialité de l'agent d'audience à l'audience disciplinaire ou dans le cadre de l'une ou l'autre des procédures tenues devant les instances inférieures n'a pas été contestée. Rien dans la preuve n'indique que le chef de police a entravé de quelque manière que ce soit le travail de l'arbitre. Nous devons ajouter que des modes de nomination similaires sont plutôt fréquents en droit du travail, ainsi que dans d'autres domaines du droit, et ne sont pas considérés comme un obstacle à l'indépendance du processus décisionnel. Le mandat de longue durée n'est pas le seul critère ou la seule condition de l'indépendance du processus décisionnel.

[123] Enfin, M. Penner soutient qu'il ne convient pas d'appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce puisque le fardeau de la preuve est différent dans le cadre des instances civiles. La norme de preuve prévue par la *Loi sur les services policiers* exige que l'inconduite d'un agent de police soit « prouvée sur la foi de preuves claires et convaincantes » (par. 64(10); maintenant par. 84(1)). Il s'agit d'une norme plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est requise en matière civile.

[124] M. Penner invoque la décision *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL), où la Cour supérieure de justice de l'Ontario a affirmé que, parce que la décision de l'agent d'audience [TRADUCTION] « reposait sur une norme de preuve élevée et qu'elle aurait pu être différente si elle avait été rendue en fonction d'une norme civile moins exigeante » (par. 11), la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne devait pas empêcher une action civile subséquente.

[125] Unlike *Porter*, however, the standard of proof was immaterial to the hearing officer's decision in this case. The hearing officer made unambiguous findings of fact against Mr. Penner. His findings are unequivocal: he found “no . . . evidence whatsoever” to support Mr. Penner's claims (A.R., at p. 114 (emphasis added)). On judicial review, the Divisional Court found that there was no error in these factual findings and that they were supported by “an ample evidentiary foundation” (para. 28). The burden of proof is therefore irrelevant in this case — there is simply *no evidence* to support Mr. Penner's claims on any standard.

[126] We see no reason to allow Mr. Penner to circumvent the clear findings of the hearing officer and put the parties through a duplicative proceeding, which, in this case, would inevitably yield the same result.

[127] We would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout, LEBEL, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Falconer Charney, Toronto.

Solicitors for the respondents: Blaney McMurtry, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Stevensons, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

[125] Toutefois, contrairement à la situation qui a mené à la décision *Porter*, la norme de preuve n'a pas eu d'incidence sur la décision de l'agent d'audience en l'espèce. Celui-ci a tiré des conclusions de fait claires à l'encontre de M. Penner. Les conclusions de l'agent d'audience sont non équivoques : il n'a constaté [TRADUCTION] « aucun [. . .] élément de preuve » qui étaye les allégations de M. Penner (d.a., p. 114 (nous soulignons)). Lors du contrôle judiciaire, la Cour divisionnaire a conclu que les conclusions de fait n'étaient pas entachées d'erreur et qu'elles étaient [TRADUCTION] « fondées amplement sur la preuve » (par. 28). Le fardeau de la preuve n'est donc pas pertinent en l'espèce — il n'existe tout simplement *aucun élément de preuve* qui étaye les allégations de M. Penner quelque soit la norme de preuve.

[126] Nous ne voyons aucune raison de permettre à M. Penner de contourner les conclusions claires de l'agent d'audience et d'imposer aux parties une instance faisant double emploi qui, en l'espèce, conduirait forcément au même résultat.

[127] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges LEBEL, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Falconer Charney, Toronto.

Procureurs des intimés : Blaney McMurtry, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Stevensons, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Holmes & King, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Holmes & King, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des policiers : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.

Pierre Lévesque *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LÉVESQUE

2013 SCC 20

File No.: 34417.

2013: April 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Trial judge giving additional instructions that were incomplete and confusing in response to specific question from jury on being accessory and being party to offence — Jury finding accused guilty — Verdict of guilty set aside and new trial ordered.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(2), 231(5).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault and Rochette JJ.A. and Viens J. (*ad hoc*)), 2011 QCCA 1203, SOQUIJ AZ-50763975, [2011] Q.J. No. 8124 (QL), 2011 CarswellQue 15728, upholding the accused's convictions for first degree murder. Appeal allowed.

Sophie Dubé and *Caroline Gravel*, for the appellant.

René Verret and *Jean Campeau*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] LEBEL J. — The Court is unanimously of the view that the appeal should be allowed. The judge who presided over the appellant's trial gave, in response to a specific question from the jury on being an accessory and being a party to an offence, additional instructions that were incomplete and

Pierre Lévesque *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LÉVESQUE

2013 CSC 20

N° du greffe : 34417.

2013 : 16 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé au jury — Directives supplémentaires incomplètes et confuses données par le juge du procès en réponse à une question spécifique du jury sur la complicité et la participation criminelle — Verdict de culpabilité prononcé par le jury — Verdict de culpabilité annulé et nouveau procès ordonné.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(2), 231(5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Rochette et Viens (*ad hoc*)), 2011 QCCA 1203, SOQUIJ AZ-50763975, [2011] J.Q. n° 8124 (QL), 2011 CarswellQue 6682, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli.

Sophie Dubé et *Caroline Gravel*, pour l'appellant.

René Verret et *Jean Campeau*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — La Cour est unanimement d'avis que le pourvoi doit être accueilli. En effet, le juge président le procès de l'appelant a donné, en réponse à une question spécifique du jury sur la complicité et la participation criminelle, des directives supplémentaires incomplètes et

confusing. Moreover, although we need not rule on this issue for the purposes of this appeal, the nature of the charges against the appellant raises the question whether it would be possible to base a conviction for first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the accused being a party to the offence within the meaning of s. 21(2). For these reasons, the appeal is allowed, the verdict of guilty is set aside, and the Court orders that a new trial be held in respect of the same charges.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Stein Monast, Québec.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

confuses. De plus, sans que nous ayons à statuer sur cette question à l'occasion du présent appel, la nature des accusations portées contre l'appelant soulève la question de la possibilité de fonder une condamnation pour meurtre au premier degré en vertu du par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sur la participation criminelle du prévenu suivant le par. 21(2). Pour ces motifs, l'appel est accueilli, le verdict de culpabilité est annulé et la Cour ordonne la tenue d'un nouveau procès relativement aux mêmes chefs d'accusation.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Stein Monast, Québec.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Matthew James Murphy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MURPHY

2013 SCC 21

File No.: 34980.

2013: April 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Criminal law — Reasonable verdicts — Accused convicted of conspiracy to commit murder and attempted murder — Sufficient evidence to support trial judge's conclusions — Verdicts entered by trial judge reasonable.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Beveridge JJ.A.), 2012 NSCA 92, 320 N.S.R. (2d) 355, 291 C.C.C. (3d) 471, [2012] N.S.J. No. 472 (QL), 2012 CarswellNS 641, upholding the accused's convictions for conspiracy to commit murder and attempted murder. Appeal dismissed.

Roger A. Burrill, for the appellant.

William D. Delaney, Q.C., and *Timothy S. O'Leary*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] LEBEL J. — We all agree with the majority of the Nova Scotia Court of Appeal that the verdict was not unreasonable. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Matthew James Murphy *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MURPHY

2013 CSC 21

N° du greffe : 34980.

2013 : 16 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Verdicts raisonnables — Accusé déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre et de tentative de meurtre — Existence d'éléments de preuve suffisants pour étayer les conclusions du juge du procès — Inscription de verdicts raisonnables par ce dernier.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Beveridge), 2012 NSCA 92, 320 N.S.R. (2d) 355, 291 C.C.C. (3d) 471, [2012] N.S.J. No. 472 (QL), 2012 CarswellNS 641, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour complot en vue de commettre un meurtre et tentative de meurtre. Pourvoi rejeté.

Roger A. Burrill, pour l'appelant.

William D. Delaney, c.r., et *Timothy S. O'Leary*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, nous sommes tous d'avis que le verdict n'était pas déraisonnable. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureur de l'appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

W.H. *Respondent***INDEXED AS: R. v. W.H.****2013 SCC 22**

File No.: 34522.

2013: January 21; 2013: April 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Role of appellate court when assessing reasonableness of verdict based on jury's assessment of witness credibility — Jury finding accused guilty of sexual assault — Court of Appeal concluding that verdict unreasonable and entering acquittal — Whether Court of Appeal applied proper legal test — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

A jury found the accused guilty of sexual assault of his niece which occurred when she was between the ages of 12 and 14. At trial, the complainant had testified about several sexual incidents involving the accused. The accused had testified in his own defence and denied any sexual activity with the complainant. On appeal, the Court of Appeal was troubled by a number of inconsistencies in the complainant's testimony and previous statements. However, it noted that nothing appeared from the transcript which should have caused a juror to question the accused's truthfulness. In light of those factors, the court was of the view that no experienced judge sitting alone would have been able to provide adequate reasons for the guilty verdict. The Court of Appeal concluded that the verdict was unreasonable, set it aside and entered an acquittal.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

A verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence if it is one that a properly instructed jury acting judicially could not reasonably have rendered.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

W.H. *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. W.H.****2013 CSC 22**

N° du greffe : 34522.

2013 : 21 janvier; 2013 : 19 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Rôle dévolu à une cour d'appel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère raisonnable d'un verdict de culpabilité fondé sur l'appréciation de la crédibilité des témoignages par un jury — Jury ayant reconnu l'accusé coupable d'agression sexuelle — Verdict jugé déraisonnable en Cour d'appel et remplacé par un acquittement — La Cour d'appel a-t-elle appliqué le bon critère juridique? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

Un jury a déclaré l'accusé coupable d'avoir agressé sexuellement sa nièce de l'âge de 12 à 14 ans. Au procès, la plaignante a fait état de plusieurs incidents à caractère sexuel avec l'accusé. Celui-ci a témoigné pour sa propre défense et nié tout contact sexuel avec la plaignante. Un certain nombre d'incohérences relevées dans le témoignage de la plaignante et ses déclarations antérieures ont fait tiquer la Cour d'appel, qui a par ailleurs signalé que nul élément de la transcription n'aurait dû inciter un juré à douter de la sincérité de l'accusé. Elle a donc estimé qu'aucun juge d'expérience siégeant seul n'aurait pu fournir des motifs suffisants pour justifier un verdict de culpabilité. La Cour d'appel a conclu au caractère déraisonnable du verdict, qu'elle a annulé et remplacé par un acquittement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Un verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve lorsqu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n'aurait

Appellate review of a jury's verdict of guilt must be conducted within two well-established boundaries. On one hand, the reviewing court must give due weight to the advantages of the jury as the trier of fact who was present throughout the trial and saw and heard the evidence as it unfolded. The reviewing court must not act as a "13th juror" or simply give effect to vague unease or lurking doubt based on its own review of the written record or find that a verdict is unreasonable simply because the reviewing court has a reasonable doubt based on its review of the record. On the other hand, however, the review cannot be limited to assessing the sufficiency of the evidence. A positive answer to the question of whether there is some evidence which, if believed, supports the conviction does not exhaust the role of the reviewing court. Rather, the court is required to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence and consider through the lens of judicial experience, whether judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury. Thus, in deciding whether the verdict is one which a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered, the reviewing court must ask not only whether there is evidence in the record to support the verdict, but also whether the jury's conclusion conflicts with the bulk of judicial experience.

The traditional test for unreasonable verdict applies to cases such as this one in which the verdict is based on an assessment of witness credibility. In applying the test, the court of appeal must show great deference to the trier of fact's assessment of witness credibility given the advantage it has in seeing and hearing the witnesses' evidence. This applies with particular force to verdicts reached by juries. It is for the jury to decide, notwithstanding difficulties with a witness's evidence, how much, if any, of the testimony it accepts. Credibility assessment does not depend solely on objective considerations such as inconsistencies or motive for concoction; accordingly, the jury is entitled to decide how much weight it gives to such factors. The reviewing court must be deferential to the collective good judgment and common sense of the jury. While appellate review for unreasonableness of guilty verdicts is a powerful safeguard against wrongful convictions, it is also one that must be exercised with great deference to the fact-finding role of the jury. Trial by jury must not become trial by appellate court on the written record.

pu raisonnablement le rendre. La cour d'appel qui se penche sur le verdict de culpabilité prononcé par un jury doit respecter deux balises très nettes. D'une part, elle doit dûment prendre en compte la situation privilégiée du jury à titre de juge des faits ayant assisté au procès et entendu les témoignages. Elle ne doit ni devenir un « 13^e juré », ni donner suite à une vague malaise ou à un doute persistant qui résulte de son propre examen du dossier, ni conclure au caractère déraisonnable du verdict pour le seul motif qu'elle a un doute raisonnable après examen du dossier. D'autre part, le tribunal d'appel ne peut se contenter d'apprécier le caractère suffisant de la preuve. Il ne s'acquitte pas de la tâche qui lui incombe en concluant qu'il existe des éléments de preuve qui, s'il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité. Il doit plutôt examiner, analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle il se trouve en tant que juridiction d'appel, évaluer la preuve, et se demander, à la lumière de son expérience, si l'appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury. Ainsi, pour déterminer si le verdict est de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d'appel doit se demander non seulement si le verdict s'appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire.

Le critère traditionnel qui permet de déterminer si un verdict est raisonnable ou non s'applique lorsque, comme en l'espèce, le verdict repose sur l'appréciation de la crédibilité des témoins. Lorsqu'elle applique ce critère, la cour d'appel doit faire preuve de grande déférence à l'endroit du juge des faits et de son appréciation de la crédibilité des témoins, étant donné l'avantage que procure à ce dernier le fait de voir les témoins et de les entendre. Cet appel à la prudence vaut tout particulièrement à l'égard du verdict d'un jury. Quelles que soient les failles d'un témoignage, c'est au jury qu'il appartient d'y ajouter foi ou non, en totalité ou en partie. L'appréciation de la crédibilité ne tient pas seulement à des considérations objectives, telles l'incohérence ou la raison d'inventer. Le jury décide donc de l'importance à accorder à ces éléments. Le tribunal d'appel doit déférer au jugement et au bon sens des jurés considérés collectivement. Certes, le pouvoir de déterminer en appel qu'un verdict de culpabilité est déraisonnable constitue un solide rempart contre la déclaration de culpabilité injustifiée, mais il doit être exercé de pair avec une grande déférence pour la fonction de juge des faits dont s'acquitte le jury. Le procès devant jury ne doit pas se transformer en procès instruit par la cour d'appel à partir du dossier.

The Court of Appeal in this case applied the wrong legal test and, in carrying out its review of the jury's verdict, failed to give sufficient deference to the jury's assessment of witness credibility. The test to be applied by courts of appeal in reviewing guilty verdicts for unreasonableness does not involve the reviewing court attempting to put itself in the place of an imaginary trial judge and on a review of the written record asking whether that imaginary judge could have articulated legally adequate reasons for conviction. The Court of Appeal's adoption of this new test resulted in its failure to take a sufficiently deferential approach to the findings of the jury viewed, as they must be, in the context of the whole of the evidence.

Cases Cited

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. S.J.M.*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226, rev'g (1992), 49 Q.A.C. 37; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 675(1)(a), 686(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Wells, Barry and White JJ.A.), 2011 NLCA 59, 312 Nfld. & P.E.I.R. 12, 278 C.C.C. (3d) 237, 89 C.R. (6th) 181, 971 A.P.R. 12, [2011] N.J. No. 330 (QL), 2011 CarswellNfld 319, setting aside the accused's conviction for sexual assault and entering an acquittal. Appeal allowed and conviction restored.

Frances J. Knickle, for the appellant.

Peter E. Ralph, Q.C., and *Michael Crystal*, for the respondent.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas appliqué le bon critère juridique et, dans son examen du verdict du jury, elle n'a pas suffisamment déféré à l'appréciation de la crédibilité des témoins par le jury. Le critère applicable en appel pour déterminer si un verdict de culpabilité est raisonnable ou non ne suppose pas de se mettre à la place d'un juge du procès fictif, ni de se demander si, au vu du dossier, ce juge fictif aurait pu formuler des motifs bien fondés en droit à l'appui de la déclaration de culpabilité. Par l'adoption de son nouveau critère, la Cour d'appel a omis de considérer les conclusions du jury avec suffisamment de déférence et en tenant dûment compte de la totalité de la preuve.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. S.J.M.*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226, inf. (1992), 49 Q.A.C. 37; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 675(1)(a), 686(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Wells, Barry et White), 2011 NLCA 59, 312 Nfld. & P.E.I.R. 12, 278 C.C.C. (3d) 237, 89 C.R. (6th) 181, 971 A.P.R. 12, [2011] N.J. No. 330 (QL), 2011 CarswellNfld 319, qui a annulé la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle visant l'accusé et prononcé l'acquiescement. Pourvoi accueilli, et déclaration de culpabilité rétablie.

Frances J. Knickle, pour l'appelante.

Peter E. Ralph, c.r., et *Michael Crystal*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Overview and Issue

I. Survol et question en litige

[1] A jury found the respondent guilty of sexual assault, but the Court of Appeal concluded that the jury's finding was unreasonable, set it aside and entered an acquittal. The Crown appeals, arguing that the Court of Appeal wrongly substituted its assessment of witness credibility for that of the jury. The appeal therefore raises the issue of an appellate court's role when it assesses the reasonableness of a jury's guilty verdict based on the jury's assessment of witness credibility.

[1] Un jury a déclaré l'intimé coupable d'agression sexuelle. Jugeant ce verdict déraisonnable, la Cour d'appel l'a cependant annulé pour le remplacer par un acquittement. Le ministère public interjette appel au motif que la Cour d'appel a erronément substitué son appréciation de la crédibilité des témoignages à celle du jury. Le pourvoi soulève donc la question du rôle dévolu à une cour d'appel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère raisonnable du verdict de culpabilité rendu par un jury sur le fondement de son appréciation de la crédibilité des témoignages.

[2] Of course, a jury's guilty verdict based on the jury's assessment of witness credibility is not immune from appellate review for reasonableness. However, the reviewing court must treat the verdict with great deference. The court must ask itself whether the jury's verdict is supportable on *any* reasonable view of the evidence and whether proper judicial fact-finding applied to the evidence *precludes* the conclusion reached by the jury. Here, the Court of Appeal did not follow this approach. It asked itself instead whether an experienced trial judge could give adequate reasons to explain the finding of guilt and, having answered that question in the negative, found the verdict unreasonable. In my respectful view, the Court of Appeal applied the wrong legal test and reached the wrong conclusion.

[2] Il va sans dire que le verdict d'un jury fondé sur cette appréciation n'est pas à l'abri d'un examen de son caractère raisonnable en appel. Toutefois, une grande déférence s'impose alors et le tribunal d'appel doit se demander si le verdict s'appuie sur *quelque* interprétation raisonnable de la preuve et si l'appréciation judiciaire correcte des faits à partir de la preuve *exclut* la conclusion tirée par le jury. La Cour d'appel n'a pas suivi cette approche, mais s'est plutôt demandé si un juge d'expérience aurait pu fournir des motifs suffisants pour justifier le verdict de culpabilité. Après avoir répondu par la négative, elle a jugé le verdict déraisonnable. J'estime en tout respect que la Cour d'appel n'a pas appliqué le bon critère juridique et que sa conclusion est erronée.

[3] I would allow the appeal and restore the conviction entered at trial.

[3] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

II. Facts and Proceedings

II. Faits et historique judiciaire

A. *Overview of the Facts*

A. *Aperçu des faits*

[4] The respondent was charged with sexual assault of and sexual interference with his niece when she was between the ages of 12 and 14. The jury found the respondent guilty. The trial judge entered a conviction for sexual assault but stayed the sexual interference count because it was based on the same factual and legal foundation: see

[4] L'intimé a été accusé d'avoir agressé sexuellement sa nièce et d'avoir eu des contacts sexuels avec elle. Cette dernière était alors âgée entre 12 et 14 ans. Le jury a conclu à la culpabilité de l'intimé. La juge du procès a enregistré la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle, mais elle a ordonné l'arrêt des procédures pour le chef de contacts sexuels

Kienapple v. The Queen, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. S.J.M.*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178. The background as it emerged at trial is this.

[5] The complainant's parents separated when she was nine years old. Her mother moved to Ontario while she continued to live with her father in a small town in Newfoundland and Labrador. Their home was next door to the respondent and his wife, who is her father's sister. When her father was away for work, the respondent and his wife were responsible for her care and even when her father was home, they would regularly all have supper together.

[6] The complainant testified that she was prompted to disclose the respondent's conduct towards her by an incident in June 2008. She had missed the school bus and asked the respondent to drive her to school. During the drive, the respondent began to talk to her about sex and said, "all you have to do is say the word and I'll make love to you": A.R., vol. II, at p. 47. Later that day or the next day, the complainant called her mother in Ontario and told her about this incident. She then flew to Ontario to be with her mother. Her mother took her to a doctor who made a referral to child protection authorities which in turn led to police involvement. In late July, her mother accompanied her to the Port Elgin police station to make an initial videotaped statement in which she described one incident.

[7] At trial, the respondent also testified about an incident in June. He agreed to drive the complainant to school after she missed her bus. He testified that he spoke to her about being careful not to become pregnant, a conversation he said was prompted by MSN blog messages she had written using his computer and the respondent's concern about the sexual nature of the messages and her use of alcohol. According to the respondent, the complainant did not want to talk about it and when she got out of the car, told him it was none of his business and slammed the car door. The respondent did not tell his wife or the complainant's father about his concerns or about the door-slaming incident.

au motif que celui-ci avait le même fondement factuel et juridique : voir *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. S.J.M.*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178. Voici les faits établis au procès.

[5] Les parents de la plaignante se sont séparés lorsqu'elle avait neuf ans. Sa mère est allée vivre en Ontario. Son père et elle ont continué d'habiter une petite localité de Terre-Neuve-et-Labrador. Leurs voisins étaient l'intimé et sa femme, la sœur de son père, qui s'occupaient de l'enfant lorsque le père s'absentait pour le travail et, même lorsque celui-ci était à la maison, il arrivait régulièrement que tous prennent le repas du soir ensemble.

[6] Selon le témoignage de la plaignante, c'est un incident survenu en juin 2008 qui l'a amenée à révéler le comportement de l'intimé à son égard. Ayant raté l'autobus devant la mener à l'école, elle avait demandé à l'intimé de l'y conduire. Pendant le trajet, l'intimé avait commencé à lui parler de sexe et lui avait dit [TRADUCTION] « tu n'as qu'à le demander, et je te fais l'amour » : d.a., vol. II, p. 47. Plus tard le même jour ou le lendemain, la plaignante a téléphoné à sa mère en Ontario et lui a relaté l'incident. Elle a ensuite pris l'avion pour rejoindre sa mère. Cette dernière l'a emmenée chez le médecin, qui a signalé le cas aux services de la protection de l'enfance, démarche qui a ensuite conduit à l'intervention de la police. Vers la fin de juillet, la mère a accompagné la plaignante au poste de police de Port Elgin où, dans une première déclaration enregistrée sur bande vidéo, cette dernière a relaté un incident.

[7] Au procès, l'intimé a lui aussi fait état d'un incident survenu au mois de juin. Il a dit avoir accepté de conduire la plaignante à l'école après qu'elle eut raté l'autobus et l'avoir alors mise en garde contre le risque de grossesse, des propos qui auraient fait suite à des messages qu'elle avait rédigés sur son blogue MSN à l'aide de l'ordinateur de l'intimé. Celui-ci se serait inquiété de la nature sexuelle des messages et de la consommation que sa nièce faisait de l'alcool. Selon le témoignage de l'intimé, la plaignante avait refusé d'aborder le sujet, lui avait dit de se mêler de ses affaires en descendant de la voiture, puis avait claqué la portière. Il n'avait parlé ni à sa femme ni au père de la plaignante de ses inquiétudes ou de cet incident.

[8] RCMP officers in Newfoundland became involved in the investigation in late July 2008. RCMP Constable Paul Hierlihy reviewed the initial videotaped statement from Ontario but was not satisfied with the way the interview had been conducted. He therefore arranged for RCMP Constable Lisa Norman, who had received training in interviewing child victims of sexual abuse, to re-interview the complainant in Ontario.

[9] Cst. Norman testified that the complainant's initial statement to Port Elgin police was conducted in the police station, with four persons present (the interviewing male police officer, a social worker, the complainant and her mother). In Cst. Norman's experience, interviewing an alleged child victim of sexual assault in the presence of her mother is not always helpful because it is not a topic that children are comfortable talking about. She saw no need for the presence of a social worker and noted that "sometimes it helps talking to a female" officer: A.R., vol. I, at p. 196. She agreed with Cst. Hierlihy's assessment that the original statement was vague and had a lot of "I don't remembers" and, in her view, there was not a good rapport between the interviewing officer and the complainant who appeared not to have been comfortable at that time.

[10] In November 2008, Cst. Norman conducted her interview one-on-one with the complainant in a private hotel conference room, in order to avoid the police station which is sometimes "intimidating": A.R., vol. I, at p. 197. During this interview, the complainant described more incidents than she had in her initial statement. When Cst. Norman asked her about this, the complainant told her that she had not felt comfortable with the male officer and that she had not wanted to talk about it in front of her mother.

[11] At trial, the complainant testified about several sexual incidents involving the respondent. Her evidence was that one incident occurred in the respondent's car, when he placed his hand between the complainant's legs and touched her vagina; another in the computer room in the respondent's home when he placed his hand on her left breast over her clothing; and another in the kitchen of the respondent's home while the respondent's wife was present in the room when the respondent touched the complainant's breast

[8] À la fin du mois de juillet 2008, des agents de la GRC de Terre-Neuve se sont joints à l'enquête. L'agent Paul Hierlihy a pris connaissance de la déclaration enregistrée sur bande vidéo en Ontario et, insatisfait du déroulement de l'entretien, il a pris des dispositions pour que l'agente Lisa Norman, formée dans la tenue d'entretiens avec des enfants victimes d'abus sexuels, réinterroge la plaignante en Ontario.

[9] Selon le témoignage de l'agente Norman, la plaignante avait fait sa première déclaration au poste de police de Port Elgin en présence de trois personnes (le policier qui l'interrogeait, une travailleuse sociale et sa mère). L'expérience lui aurait appris qu'il n'est pas toujours opportun de rencontrer en présence de sa mère l'enfant qui dit avoir été victime d'agression sexuelle, car il s'agit d'un sujet de nature à le mettre mal à l'aise. Elle a indiqué que la présence d'une travailleuse sociale n'était pas nécessaire et que, [TRADUCTION] « parfois, parler à un agent de sexe féminin facilite les choses » : d.a., vol. I, p. 196. Comme l'agent Hierlihy, elle estimait que la déclaration initiale était vague et truffée de « je ne me souviens pas ». À son avis, l'agent n'avait pas réussi à mettre la plaignante en confiance, et celle-ci avait paru mal à l'aise.

[10] En novembre 2008, l'agente Norman a rencontré la plaignante seule, dans la salle de réunion d'un hôtel, et non au poste de police, un endroit qui peut parfois être [TRADUCTION] « intimidant » : d.a., vol. I, p. 197. La plaignante a alors relaté plus d'incidents que la première fois. Questionnée à ce sujet par l'agente, elle a expliqué qu'elle ne s'était pas sentie à l'aise avec le premier agent et qu'elle n'avait pas voulu parler des incidents devant sa mère.

[11] Au procès, la plaignante a fait état de plusieurs incidents à caractère sexuel avec l'intimé. Lors d'un incident survenu dans la voiture de l'intimé, celui-ci aurait glissé sa main entre les jambes de la plaignante et touché son sexe. Lors d'un autre, survenu dans la pièce de sa résidence où se trouvait son ordinateur, il aurait mis sa main sur le sein gauche de la plaignante, par-dessus ses vêtements. Une autre fois, dans la cuisine de sa résidence et en présence de sa femme, il aurait touché sa poitrine, toujours par-dessus ses

over her clothing. The complainant also referred to an occasion on which the respondent had asked her if she was mad at him, and said, “You know I love you and I wouldn’t do anything to you like that”: A.R., vol. II, at p. 45. But she could not remember why he had said that.

[12] The respondent testified in his own defence and denied any sexual activity with the complainant. The respondent’s wife echoed the respondent’s testimony. The respondent’s brother and nephew testified that the complainant was quite affectionate towards the respondent, that she seemed comfortable when she was around him and, generally, that the respondent and the complainant seemed to enjoy a good relationship.

B. *The Trial Judge’s Instructions to the Jury*

[13] The parties agree that the trial judge’s instructions to the jury were error-free. She gave the usual instructions with respect to credibility and truthfulness generally, including the direction that the jury could believe or disbelieve all or parts of anything a witness said in the witness box. She specifically addressed the young age of the victim and instructed the jury that they could consider this factor along with lapse of time in dealing with minor discrepancies in the complainant’s testimony. She however specified that lying under oath was serious and could taint the entire testimony of a witness. The trial judge stressed the fact that this case was about credibility and noted that there was no other direct evidence supporting the complainant’s allegations. She gave a thorough summary of the evidence of the complainant and the respondent and clearly drew the jury’s attention to the inconsistencies between the complainant’s testimony and that of other witnesses and her own previous statements.

[14] The trial judge directed the jury that it was “essential that the credibility and reliability of [the complainant’s] evidence be tested in the light of all the other evidence”: A.R., vol. I, at p. 69. She reviewed in detail the position of the defence that the complainant was not telling the truth, referring

vêtements. La plaignante a ajouté que, une fois, l’intimé lui avait demandé si elle était fâchée contre lui, ajoutant [TRADUCTION] « [t]u sais, je t’aime, et je ne te ferais rien de tel » (d.a., vol. II, p. 45), mais elle ne se rappelait plus pourquoi il avait dit ça.

[12] L’intimé a témoigné pour sa propre défense et nié tout contact sexuel avec la plaignante, ce que son épouse a confirmé à la barre. Le frère et le neveu de l’intimé ont déclaré au procès que la plaignante manifestait beaucoup d’affection à l’intimé, qu’elle paraissait à l’aise en sa présence et que, de façon générale, la relation entre les deux paraissait bonne.

B. *Les directives de la juge du procès au jury*

[13] Les parties conviennent que les directives de la juge du procès au jury ne sont entachées d’aucune erreur. La juge a donné les directives habituelles sur la crédibilité et la véracité des témoignages en général, et elle a notamment indiqué que le jury pouvait ajouter foi ou non à la totalité ou à une partie des témoignages entendus. Elle a expressément fait état du jeune âge de la victime et dit au jury qu’il pouvait en tenir compte, ainsi que du temps écoulé, pour juger de l’incidence des contradictions mineures relevées dans le témoignage de la plaignante. Elle a toutefois précisé qu’il était grave de mentir après avoir prêté serment et que cela pouvait mettre en doute la véracité du témoignage en entier. Elle a souligné que l’issue du procès tenait à la crédibilité des témoignages et que les allégations de la plaignante ne reposaient sur aucune autre preuve directe. Elle est revenue sur chacun des éléments du témoignage de la plaignante et de celui de l’intimé pour porter expressément à l’attention du jury les contradictions entre le témoignage de la plaignante et, d’une part, ceux d’autres témoins et, d’autre part, ses propres déclarations antérieures.

[14] La juge du procès a signifié au jury qu’il était [TRADUCTION] « essentiel que la crédibilité et la fiabilité du témoignage de [la plaignante] soient analysées à la lumière du reste de la preuve » : d.a., vol. I, p. 69. Elle a exposé en détail la thèse de la défense selon laquelle la plaignante ne disait pas la

to several points at which her recollections were not consistent. The trial judge also noted that the defence theory was that the complainant lied because she wanted her mother to return to Newfoundland so that they could live together. She also reviewed in detail the position of the Crown, noting that the motive to lie alleged by the defence was never put to the complainant directly and further that her evidence was that she could have left Newfoundland to live with her mother at any time.

[15] The jury returned a verdict of guilty on both counts.

C. *The Judgment of the Court of Appeal, 2011 NLCA 59, 312 Nfld. & P.E.I.R. 12 (per Barry J.A., Wells and White J.J.A. Concurring)*

[16] The Court of Appeal concluded that the jury's verdict was unreasonable, set it aside and acquitted the respondent. The court stated that in conducting a review for unreasonableness, "the appellate court draws its own inference from the evidence admitted at trial as to the reasoning process of the jury and determines whether this could have been logical or rational in light of the verdict being reviewed. . . . If no reasonable process of analysis by a judge could justify conviction in the circumstances of the case, an appellate court will be justified in concluding a jury must not have acted judicially in convicting": paras. 47 and 52.

[17] After reviewing the record, the court concluded that the verdict was unreasonable because "[a]n experienced judge sitting alone, with the evidence presented in this case, would not be able to provide adequate reasons to explain how he or she could be convinced beyond a reasonable doubt of the accused's guilt in light of the credibility concerns arising from the unexplained inconsistencies and improbabilities arising from the complainant's testimony and statements": para. 75.

[18] The Court of Appeal was troubled by a number of inconsistencies in the complainant's testimony and statements, even taking into account "all explanations given by her for those inconsistencies": para. 64.

vérité et a relevé à cet égard plusieurs incohérences dans les souvenirs de cette dernière. Elle a également fait remarquer que, selon la défense, la plaignante avait menti parce qu'elle voulait que sa mère revienne à Terre-Neuve et vive avec elle. Elle a de plus exposé en détail la thèse du ministère public, signalant que la défense n'avait jamais interrogé directement la plaignante sur ce motif pour lequel elle aurait pu mentir, sans compter que la plaignante avait déclaré qu'elle aurait pu quitter Terre-Neuve à n'importe quel moment pour aller vivre avec sa mère.

[15] Le jury a rendu un verdict de culpabilité sur les deux chefs d'accusation.

C. *Le jugement de la Cour d'appel, 2011 NLCA 59, 312 Nfld. & P.E.I.R. 12 (le juge Barry, avec l'accord des juges Wells et White)*

[16] Après avoir conclu qu'il était déraisonnable, la Cour d'appel a annulé le verdict, puis elle a acquitté l'intimé. Elle a estimé que, pour se prononcer sur le caractère raisonnable du verdict, [TRADUCTION] « elle devait tirer de la preuve admise au procès ses propres conclusions sur le raisonnement du jury et déterminer si celui-ci avait pu être logique ou rationnel compte tenu du verdict considéré. [. . .] Lorsque aucune analyse judiciaire raisonnable ne pouvait justifier la déclaration de culpabilité dans les circonstances de l'affaire, la cour d'appel peut à bon droit conclure que le jury n'a pas agi de manière judiciaire en déclarant l'accusé coupable » : par. 47 et 52.

[17] Après examen du dossier, la Cour d'appel a conclu que le verdict était déraisonnable, car [TRADUCTION] « [a]u vu de la preuve offerte en l'espèce, un juge d'expérience siégeant seul n'aurait pu fournir de motifs suffisants pour justifier sa conviction, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé était coupable, étant donné les interrogations sur la crédibilité de la plaignante qu'avaient suscité des incohérences et improbabilités non expliquées relevées dans ses témoignages et ses déclarations » : par. 75.

[18] Les incohérences relevées dans les témoignages et les déclarations de la plaignante ont fait tiquer la Cour d'appel malgré [TRADUCTION] « les explications fournies par l'intéressée » : par. 64.

[19] First, the Court of Appeal was concerned by inconsistencies regarding the number and nature of the incidents between the complainant's trial evidence and her initial disclosure. The complainant described only a single and different incident to her mother, father and to the male police officer when she first came forward. As noted earlier, when the complainant later spoke to a female police officer, she described more incidents as she did at trial. The court noted that the complainant said that she felt more comfortable speaking alone to the female RCMP constable and wanted to avoid the embarrassment of speaking in the presence of her mother. However, the court reasoned that "[d]iscomfort and embarrassment may help explain omitted incidents [but] they do not adequately explain her express denial that any other incidents had occurred": para. 66. The court was also concerned that the complainant "contradicted herself somewhat in her explanation in that at the preliminary inquiry she had said her memory had improved between the first and second police interviews while at trial she said she had deliberately decided not to discuss all incidents": para. 66.

[20] A second matter referred to by the Court of Appeal as creating a "serious concern about [the complainant's] truthfulness overall" (para. 67) was this: the complainant told the male police officer at the initial interview that the only incident happened in the respondent's home and nowhere else. But she testified at trial that the most serious incident happened in the respondent's vehicle. She explained this inconsistency by saying that she felt discomfort speaking to a male police officer in her mother's presence. With regard to the complainant's explanation of this inconsistency, the Court of Appeal indicated that "discomfort would go somewhat towards explaining omissions but does not adequately explain her express denial of other locations": para. 67.

[21] A further point which troubled the Court of Appeal was the fact that in her initial statement to the male police officer, the complainant had said that the respondent had been alone in the house when she had been assaulted, while she later said that the respondent's wife had been present on one occasion in the same room and that the respondent's wife and the complainant's father had been present

[19] En premier lieu, l'incohérence du témoignage de la plaignante au procès et de ses révélations initiales quant au nombre et à la nature des incidents a préoccupé la Cour d'appel. Lorsqu'elle avait dénoncé l'intimé, la plaignante avait relaté à sa mère, à son père, puis au policier un incident unique et différent à chaque fois. Rappelons qu'elle avait par la suite révélé plus d'incidents, d'abord lors de l'entretien avec la policière, puis au procès. La Cour d'appel a fait observer que la plaignante a dit s'être sentie plus à l'aise de s'entretenir seule à seule avec l'agente de la GRC et qu'elle n'avait pas voulu se confier en présence de sa mère. La Cour d'appel a cependant conclu que [TRADUCTION] « [l]e malaise et la gêne peuvent expliquer l'omission d'un incident [mais] pas la dénégation catégorique de tout autre incident » : par. 66. Elle a aussi relevé que la plaignante « s'était quelque peu contredite dans ses explications puisqu'elle avait déclaré à l'enquête préliminaire que ses souvenirs étaient devenus plus clairs entre le premier et le second entretiens avec la police, alors qu'elle a déclaré au procès qu'elle avait délibérément omis de dévoiler tous les incidents » : par. 66.

[20] En deuxième lieu, la Cour d'appel a estimé qu'un autre élément faisait [TRADUCTION] « sérieusement douter de la véracité des déclarations [de la plaignante] en général » : par. 67. Lors du premier entretien, la plaignante avait dit au policier que le seul incident s'était produit chez l'intimé et pas ailleurs, mais elle a déclaré au procès que l'incident le plus grave s'était déroulé dans la voiture de l'intimé. Pour expliquer la contradiction, elle a invoqué sa gêne de se confier à un policier de sexe masculin en présence de sa mère. La Cour d'appel a opiné à cet égard que le « malaise peut expliquer les omissions jusqu'à un certain point, mais pas la dénégation catégorique de tout incident qui se serait produit ailleurs » : par. 67.

[21] Autre point troublant selon la Cour d'appel, la plaignante avait dit au premier policier qu'elle se trouvait seule avec l'intimé chez lui lorsqu'il l'avait agressée, pour affirmer par la suite que sa tante se trouvait dans la même pièce à une occasion, et que cette dernière et son père se trouvaient dans une autre pièce et à portée de voix, à une autre occasion. Pour la Cour d'appel, cette divergence

on another occasion in a different room but within hearing range. This unexplained discrepancy left the Court of Appeal with “an additional question regarding her credibility”: para. 68.

[22] The Court of Appeal also found that various inconsistencies regarding the complainant’s nervousness about being alone around the respondent raised “significant concerns about her credibility”: para. 71. These included: the complainant’s father’s denial of the complainant’s testimony that she had told him she did not want to go to her uncle’s home; the complainant’s willingness to continue having interactions with the respondent even after the incidents; and the fact that the complainant declared at the preliminary inquiry that she was not afraid to be alone with her uncle in his car yet she had told police in a prior statement that she was “frightened to death” to drive alone with him: para. 70.

[23] In the Court of Appeal’s view, the complainant’s inability to give any detail regarding the nature of the other incident which she vaguely recalled added “some slight additional doubt regarding her credibility”: para. 73.

[24] The Court of Appeal concluded that by virtue of these “unexplained inconsistencies and improbabilities alone, the credibility of the complainant was damaged to the extent that it is questionable whether a jury acting judicially could reasonably have convicted”: para. 74. The court noted that in addition, a jury acting judicially has to consider the complainant’s testimony in the context of the respondent’s denial of all her allegations. In the court’s view, “[n]othing appears from the transcript which should have caused a juror to question his truthfulness”: para. 74. In light of the complainant’s testimony and the apparently plausible denial of the accused, the court was of the view that no experienced judge sitting alone would have been able to provide adequate reasons for the guilty verdict. The Court of Appeal concluded that the jury could not have been acting judicially in reaching a guilty verdict and that the verdict was therefore unreasonable.

non expliquée soulevait [TRADUCTION] « un doute supplémentaire quant à la crédibilité de ses propos » : par. 68.

[22] Aussi, la nervosité que la plaignante avait dit éprouver à la perspective d’être seule avec l’intimé contredisait selon la Cour d’appel d’autres éléments de la preuve, ce qui soulevait [TRADUCTION] « des doutes sérieux sur la crédibilité de ses propos » : par. 71. Au nombre de ces éléments, mentionnons le fait que, contrairement au témoignage de la plaignante, le père a nié qu’elle lui ait dit ne pas vouloir se rendre chez son oncle, le fait que la plaignante avait continué de côtoyer l’intimé de son plein gré après les incidents et sa déclaration à l’enquête préliminaire selon laquelle elle ne craignait pas d’être seule avec son oncle dans l’auto de ce dernier alors qu’elle avait dit à la police dans une déclaration antérieure être [TRADUCTION] « terrorisée » à l’idée d’aller seule en voiture avec lui : par. 70.

[23] La Cour d’appel a opiné que l’absence de précisions sur la nature de l’autre incident dont la plaignante se souvenait vaguement laissait planer [TRADUCTION] « un léger doute supplémentaire sur sa crédibilité » : par. 73.

[24] La Cour d’appel a conclu que ces seules [TRADUCTION] « incohérences et improbabilités non expliquées portaient atteinte à la crédibilité de la plaignante au point où on pouvait se demander si un jury ayant agi judiciairement aurait pu raisonnablement rendre un verdict de culpabilité » : par. 74. Elle a ajouté qu’un jury ayant agi judiciairement aurait apprécié le témoignage de la plaignante au regard de la dénégation de toutes ses allégations par l’intimé. Or, « [n]ul élément de la transcription n’aurait dû inciter un juré à douter de la sincérité de l’intimé » : par. 74. Vu le témoignage de la plaignante et la version des faits apparemment digne de foi de l’accusé, aucun juge d’expérience siégeant seul n’aurait pu fournir des motifs suffisants pour justifier un verdict de culpabilité. La Cour d’appel a conclu que le jury n’avait pu agir de façon judiciaire en rendant un verdict de culpabilité, de sorte que celui-ci était déraisonnable.

III. Analysis

A. *The Scope of Review for “Unreasonableness” of a Jury Verdict: Basic Principles*

[25] A person convicted of an indictable offence has broad avenues of appeal. There is a right of appeal on any question of law alone and an appeal by leave of the court on questions of fact or mixed law and fact or on “any ground of appeal . . . that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal”: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 675(1)(a). However, as broad as the access to appellate review is, a court of appeal may only overturn a conviction on three grounds: that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, that there was an error of law at trial or that there was a miscarriage of justice: s. 686(1)(a) of the *Code*. This appeal concerns only the first of these grounds (s. 686(1)(a)(i)).

[26] A verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence if it is one that a properly instructed jury acting judicially could not reasonably have rendered: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36. While the same test was traditionally applied to verdicts by both juries and trial judges, the more recent jurisprudence from the Court has expanded somewhat the scope of review for unreasonableness in the case of verdicts reached by trial judges: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3. This development recognizes a practical distinction between reasonableness review of a trial judge’s verdict and of a jury verdict: judges, unlike juries, give reasons for their findings which the appellate court may review and consider as part of its reasonableness analysis. However, this expanded reasonableness review of verdicts entered by trial judges does *not* apply to reasonableness review of a jury verdict.

[27] Appellate review of a jury’s verdict of guilt must be conducted within two well-established boundaries. On one hand, the reviewing court must give due weight to the advantages of the jury as the

III. Analyse

A. *La portée de la détermination du caractère « raisonnable » ou non du verdict du jury : principes fondamentaux*

[25] Différentes voies d’appel s’offrent à la personne déclarée coupable d’un acte criminel. Elle peut invoquer soit une question de droit, soit, sur autorisation, une question de fait, une question mixte de fait et de droit ou « tout motif [. . .] jugé suffisant par la cour d’appel » : *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, al. 675(1)a). Aussi large que soit le droit d’interjeter appel d’une déclaration de culpabilité, celle-ci ne peut toutefois être infirmée que pour trois motifs : le verdict est déraisonnable ou ne peut s’appuyer sur la preuve, une erreur de droit a été commise au procès ou il y a eu erreur judiciaire : al. 686(1)a) du *Code*. Seul le premier fonde le présent pourvoi (sous-al. 686(1)a)(i)).

[26] Un verdict est déraisonnable ou ne peut s’appuyer sur la preuve lorsqu’un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n’aurait pu raisonnablement le rendre : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36. Le même critère s’est longtemps appliqué tant au verdict d’un jury qu’à celui d’un juge mais, récemment, notre Cour a quelque peu accru la portée de l’examen qui permet de déterminer que le verdict d’un juge est raisonnable ou non : *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, et *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3. Elle a ainsi reconnu l’existence d’une différence d’ordre pratique entre l’examen du verdict d’un juge et l’examen du verdict d’un jury. En effet, contrairement au jury, le juge motive sa conclusion, de sorte que la cour d’appel peut tenir compte de ses motifs pour se prononcer sur le caractère raisonnable du verdict. Cependant, cet élargissement de l’examen *ne vaut pas* pour le verdict d’un jury.

[27] La cour d’appel qui se penche sur le verdict de culpabilité prononcé par un jury doit respecter deux balises très nettes. D’une part, elle doit dûment prendre en compte la situation privilégiée

trier of fact who was present throughout the trial and saw and heard the evidence as it unfolded. The reviewing court must not act as a “13th juror” or simply give effect to vague unease or lurking doubt based on its own review of the written record or find that a verdict is unreasonable simply because the reviewing court has a reasonable doubt based on its review of the record.

[28] On the other hand, however, the review cannot be limited to assessing the sufficiency of the evidence. A positive answer to the question of whether there is some evidence which, if believed, supports the conviction does not exhaust the role of the reviewing court. Rather, the court is required “to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence” (*Biniaris*, at para. 36) and consider through the lens of judicial experience, whether “judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury”: para. 39 (emphasis added). Thus, in deciding whether the verdict is one which a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered, the reviewing court must ask not only whether there is evidence in the record to support the verdict, but also whether the jury’s conclusion conflicts with the bulk of judicial experience: *Biniaris*, at para. 40.

[29] While it is not possible to catalogue exhaustively the sorts of cases in which accumulated judicial experience may suggest that a jury’s verdict is unreasonable, a number of examples may be offered. Circumstances in which a special caution to the jury is necessary about a certain witness or a certain type of evidence are reflective of accumulated judicial experience and may well factor into an appellate court’s review for reasonableness. Some examples include the evidence of jailhouse informants and accomplices, and eyewitness identification evidence. Other circumstances that generally do not require, as a matter of law, any particular warning to the jury may nonetheless, in light of accumulated judicial experience, contribute to a conclusion of an unreasonable verdict, for example the risks of accepting bizarre allegations of a sexual nature and the

du jury à titre de juge des faits ayant assisté au procès et entendu les témoignages. Elle ne doit ni devenir un « 13^e juré », ni donner suite à un vague malaise ou à un doute persistant qui résulte de son propre examen du dossier, ni conclure au caractère déraisonnable du verdict pour le seul motif qu’elle a un doute raisonnable après examen du dossier.

[28] D’autre part, le tribunal d’appel ne peut se contenter d’apprécier le caractère suffisant de la preuve. Il ne s’acquiesce pas de la tâche qui lui incombe en concluant qu’il existe des éléments de preuve qui, s’il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité. Il doit plutôt « examiner, [. . .] analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d’appel, [. . .] évaluer la preuve » (*Biniaris*, par. 36) et se demander, à la lumière de son expérience, si « l’appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » : par. 39 (je souligne). Ainsi, pour déterminer si le verdict est de ceux qu’un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d’appel doit se demander non seulement si le verdict s’appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l’encontre de l’ensemble de l’expérience judiciaire : *Biniaris*, par. 40.

[29] On ne saurait dresser l’inventaire exhaustif des cas où l’expérience judiciaire acquise permet de conclure que le verdict d’un jury est déraisonnable, mais quelques exemples peuvent être donnés. La mise en garde du jury qui s’impose à l’égard d’un témoin ou d’un type de preuve en particulier participe de l’expérience judiciaire acquise et peut être prise en compte dans l’examen en appel du caractère raisonnable du verdict. Mentionnons par exemple le témoignage d’un indicateur incarcéré, d’un complice ou d’un témoin oculaire. D’autres circonstances qui, en droit, n’appellent généralement pas de mise en garde particulière du jury peuvent néanmoins, à la lumière de l’expérience judiciaire acquise, mener à la conclusion qu’un verdict est déraisonnable; par exemple, le risque lié à l’acceptation d’allégations d’attouchements sexuels étranges ou le risque de

risk of prejudice in relation to psychiatric defences: *Biniaris*, at para. 41. What all of these examples have in common is that accumulated judicial experience has demonstrated that they constitute an explicit and precise circumstance that creates a risk of an unjust conviction.

B. *Unreasonable Verdicts and Credibility Assessment*

[30] The traditional test for unreasonable verdict applies to cases such as this one in which the verdict is based on an assessment of witness credibility. This was affirmed, in the context of a judge-alone trial, in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131. However, in applying the test, the court of appeal must show great deference to the trier of fact's assessment of witness credibility given the advantage it has in seeing and hearing the witnesses' evidence: *W. (R.)*, at p. 131.

[31] This point was underlined in *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226, also a judge-alone case, in which the Court approved the dissenting reasons of Rothman J.A. in the Court of Appeal: (1992), 49 Q.A.C. 37. Rothman J.A. noted, at para. 16:

Credibility is, of course, a question of fact and it cannot be determined by fixed rules. Ultimately, it is a matter that must be left to the common sense of the trier of fact

[32] This counsel of caution applies with particular force to verdicts reached by juries. In *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, McLachlin J. (as she then was) reiterated that the general rule enunciated in *Yebe*s “also applies to cases where the objection to the conviction is based on credibility — where it is suggested that testimony which the jury must have believed to render its verdict is so incredible that a verdict founded upon it must be unreasonable”: pp. 835-36. There are a number of points in *François* that are particularly relevant to this case:

préjugé lié à une défense d'ordre psychiatrique : *Biniaris*, par. 41. Il appert de l'expérience judiciaire acquise que chacun de ces exemples correspond à une circonstance explicite et précise créant un risque de déclaration de culpabilité injustifiée.

B. *Verdict déraisonnable et appréciation de la crédibilité*

[30] Le critère traditionnel qui permet de déterminer si un verdict est raisonnable ou non s'applique lorsque, comme en l'espèce, le verdict repose sur l'appréciation de la crédibilité des témoins. Notre Cour l'a confirmé dans le cas d'un procès devant juge seul dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131. Toutefois, lorsqu'elle applique ce critère, la cour d'appel doit faire preuve d'une grande déférence à l'endroit du juge des faits et de son appréciation de la crédibilité des témoins, étant donné l'avantage que procure à ce dernier le fait de voir les témoins et de les entendre : *W. (R.)*, p. 131.

[31] Dans *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226, où le procès s'était aussi déroulé devant juge seul, notre Cour a souligné cette exigence en souscrivant à la dissidence du juge Rothman, de la Cour d'appel ((1992), 49 Q.A.C. 37), dont voici un extrait (au par. 16) :

[TRADUCTION] La crédibilité est naturellement une question de fait et ne peut pas être déterminée selon des règles fixes. En fin de compte, c'est une question qui doit être laissée au bon sens du juge des faits . . .

[32] Cet appel à la prudence vaut tout particulièrement pour le verdict d'un jury. Dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a rappelé que la règle générale énoncée dans *Yebe*s « s'applique également aux cas où l'opposition à la déclaration de culpabilité se fonde sur la crédibilité — où on laisse entendre que le témoignage auquel le jury a dû ajouter foi pour rendre son verdict est si incroyable qu'un verdict fondé sur ce témoignage doit être déraisonnable » : p. 835-836. Un certain nombre de principes qui se dégagent de l'arrêt *François* valent tout particulièrement d'être signalés.

1. It is for the jury to decide, notwithstanding difficulties with a witness's evidence, how much, if any, of the testimony it accepts. As McLachlin J. put it, at p. 836:

More problematic is a challenge to credibility based on the witness's alleged lack of truthfulness and sincerity, the problem posed in this appeal. The reasoning here is that the witness may not have been telling the truth for a variety of reasons, whether because of inconsistencies in the witness's stories at different times, because certain facts may have been suggested to her, or because she may have had reason to concoct her accusations. In the end, the jury must decide whether, despite such factors, it believes the witness's story, in whole or in part.

2. Credibility assessment does not depend solely on objective considerations such as inconsistencies or motives for concoction. As McLachlin J. said in *François*, at pp. 836-37:

[Credibility] turns not only upon such factors as the assessment of the significance of any alleged inconsistencies or motives for concoction, which may be susceptible of reasoned review by a court of appeal, but on the demeanour of the witness and the common sense of the jury, which cannot be assessed by the court of appeal. The latter domain is the "advantage" possessed by the trier of fact, be it judge or jury, which the court of appeal does not possess and which the court of appeal must bear in mind in deciding whether the verdict is unreasonable: *R. v. W. (R.)*, *supra*. [Emphasis added.]

3. The jury is entitled to decide how much weight to give to factors such as inconsistency and motive to concoct. Particularly where the complainant offers an explanation for inconsistencies, the jury may reasonably conclude that those inconsistencies lose "their power to raise a reasonable doubt with respect to the accused's guilt": *François*, at p. 839. Again in *François*, at p. 837, the Court said this:

In considering the reasonableness of the jury's verdict, the court of appeal must also keep in mind the fact that the jury may reasonably and lawfully deal with inconsistencies and motive to concoct, in a variety of ways. The jury may reject the witness's evidence in its

1. Quelles que soient les failles d'un témoignage, c'est au jury qu'il appartient d'y ajouter foi ou non, en totalité ou en partie. Comme le dit la juge McLachlin à la p. 836 :

Plus problématique est la contestation de la crédibilité fondée sur la prétendue absence de véracité et de sincérité du témoin, problème qui se pose dans le présent pourvoi. Selon le raisonnement adopté en l'espèce, il se peut que le témoin n'ait pas dit la vérité pour toutes sortes de raisons, que ce soit à cause des incohérences apparaissant dans ses récits à différentes époques, parce qu'on lui a peut-être suggéré certains faits ou parce qu'il a pu avoir une raison d'inventer ses accusations. À la fin, les jurés doivent décider si, malgré ces facteurs, ils croient en totalité ou en partie l'histoire du témoin.

2. L'appréciation de la crédibilité ne tient pas seulement à des considérations objectives (p. ex. l'incohérence ou une raison d'inventer). La juge McLachlin ajoute aux p. 836-837 :

Cette décision [relative à la crédibilité] repose non pas seulement sur des facteurs comme l'évaluation de l'importance de quelque prétendue incohérence ou raison d'inventer susceptible de faire l'objet d'un examen raisonné par une cour d'appel, mais sur le comportement du témoin et le bon sens des jurés, qui ne peuvent pas être évalués par la cour d'appel. Il s'agit, dans ce dernier cas, de l'« avantage » que possède le juge des faits, que ce soit un juge ou un jury, mais que la cour d'appel ne possède pas et qu'elle doit prendre en considération au moment de décider si le verdict est déraisonnable : *R. c. W. (R.)*, précité. [Je souligne.]

3. Le jury décide de l'importance à accorder à des facteurs comme l'incohérence ou l'existence d'une raison d'inventer, et il peut raisonnablement conclure, surtout lorsqu'elles sont expliquées, que les incohérences perdent « leur pouvoir de soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé » : *François*, p. 839. Toujours dans le même arrêt, notre Cour précise à la p. 837 :

Dans l'examen du caractère raisonnable du verdict du jury, la cour d'appel doit également tenir compte du fait que le jury peut raisonnablement et légitimement traiter de diverses façons les incohérences et la raison d'inventer. Le jury peut rejeter en entier la déposition

entirety. Or the jury may accept the witness's explanations for the apparent inconsistencies and the witness's denial that her testimony was provoked by improper pressures or from improper motives. Finally, the jury may accept some of the witness's evidence while rejecting other parts of it; juries are routinely charged that they may accept all of the evidence, some of the evidence, or none of the evidence of each witness. It follows that we cannot infer from the mere presence of contradictory details or motives to concoct that the jury's verdict is unreasonable. A verdict of guilty based on such evidence may very well be both reasonable and lawful. [Emphasis added.]

4. To sum up, the reviewing court must be deferential to the collective good judgment and common sense of the jury. As stated in *François*, "the court of appeal reviewing for unreasonableness must keep in mind . . . that the jury may bring to the difficult business of determining where the truth lies special qualities which appellate courts may not share": p. 837.

[33] *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, and *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746, while judge-alone cases, further underline the great deference which must be shown by the appellate court to the trial court's assessment of credibility. In the latter case, Deschamps J., for the majority, reiterated the applicable principle as follows:

Whereas the question whether a verdict is reasonable is one of law, whether a witness is credible is a question of fact. A court of appeal that reviews a trial court's assessments of credibility in order to determine, for example, whether the verdict is reasonable cannot interfere with those assessments unless it is established that they "cannot be supported on any reasonable view of the evidence" (*R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 7). [Emphasis added; para. 10.]

[34] Perhaps the most useful articulations of the test for present purposes are those found in *Biniaris* and *Burke*. In the former case, Arbour J. put it this way: ". . . the unreasonableness . . . of the verdict would be apparent to the legally trained

du témoin, ou encore il peut accepter les explications du témoin en ce qui concerne les incohérences apparentes et le démenti du témoin que des pressions abusives ou des motifs erronés l'ont incité à témoigner. Enfin, le jury peut accepter une partie de la déposition du témoin tout en en rejetant d'autres parties; on dit habituellement aux jurés qu'ils peuvent accepter ou rejeter toute la déposition de chaque témoin ou en accepter une partie seulement. Il s'ensuit que nous ne pouvons pas conclure de la simple présence de détails contradictoires ou de raisons d'inventer que le verdict du jury est déraisonnable. Un verdict de culpabilité fondé sur un tel témoignage peut très bien être à la fois raisonnable et légitime. [Je souligne.]

4. En résumé, le tribunal d'appel doit déférer au jugement et au bon sens des jurés considérés collectivement. Comme l'affirme notre Cour dans *François*, « la cour d'appel doit prendre en considération dans l'examen du caractère raisonnable [. . .] que les jurés peuvent apporter à la difficile tâche de découvrir la vérité des qualités spéciales que les cours d'appel peuvent ne pas avoir » : p. 837.

[33] Les arrêts *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, et *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746, même s'ils ont trait à des procès devant juge seul, soulignent eux aussi la grande déférence que doit manifester la cour d'appel à l'égard du tribunal de première instance et de son appréciation de la crédibilité. Dans la seconde décision, la juge Deschamps, s'exprimant au nom des juges majoritaires, rappelle le principe applicable :

Si le caractère raisonnable d'un verdict est une question de droit, l'appréciation de la crédibilité des témoins constitue elle une question de faits. L'appréciation de la crédibilité faite en première instance, lorsqu'elle est revue par une cour d'appel afin notamment de déterminer si le verdict est raisonnable, ne peut être écartée que s'il est établi que celle-ci « ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve » (*R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7). [Je souligne; par. 10.]

[34] Peut-être est-ce dans les arrêts *Biniaris* et *Burke* que notre Cour formule le mieux le critère pour les besoins du présent pourvoi. Dans le premier, la juge Arbour l'expose en ces termes : « . . . le caractère déraisonnable [. . .] du verdict est évident

reviewer when, in all the circumstances of a given case, judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury”: para. 39 (emphasis added). In the latter, Sopinka J. concluded that a verdict based on credibility assessment is unreasonable if “the trial court’s assessments of credibility cannot be supported on any reasonable view of the evidence”: para. 7 (emphasis added). While appellate review for unreasonableness of guilty verdicts is a powerful safeguard against wrongful convictions, it is also one that must be exercised with great deference to the fact-finding role of the jury. Trial by jury must not become trial by appellate court on the written record.

C. *Application to the Facts of This Case*

[35] In my respectful view, the Court of Appeal in this case applied the wrong legal test and, in carrying out its review of the jury’s verdict, failed to give sufficient deference to the jury’s assessment of witness credibility.

[36] To turn first to the legal test, the Court of Appeal fashioned a new approach to its task by drawing on the law relating to the sufficiency of a trial judge’s reasons for conviction. Noting that in a judge-alone trial the trial judge must provide reasons which are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments, the Court of Appeal then stated:

A court of appeal, in reviewing the reasonableness of a jury’s decision, must consider what would be entailed in the process of analysis by a judge to merit the conclusion that the judge acted judicially. If no reasonable process of analysis by a judge could justify conviction in the circumstances of the case, an appellate court will be justified in concluding a jury must not have acted judicially in convicting. [para. 52]

[37] Respectfully, this test is wrong in law and in principle.

pour la personne dotée d’une formation juridique qui l’examine si, compte tenu de l’ensemble des circonstances d’une affaire donnée, l’appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » : par. 39 (je souligne). Dans le second, le juge Sopinka conclut qu’un verdict reposant sur l’appréciation de la crédibilité est déraisonnable lorsque « l’appréciation de la crédibilité par la cour de première instance ne peut pas s’appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve » : par. 7 (je souligne). Certes, le pouvoir de déterminer en appel qu’un verdict de culpabilité est déraisonnable constitue un solide rempart contre la déclaration de culpabilité injustifiée, mais il doit être exercé de pair avec une grande déférence pour la fonction de juge des faits dont s’acquitte le jury. Le procès devant jury ne doit pas se transformer en procès instruit par la cour d’appel à partir du dossier.

C. *Application aux faits de l’espèce*

[35] À mon humble avis, la Cour d’appel n’a pas appliqué le bon critère juridique et, dans son examen du verdict du jury, elle n’a pas suffisamment déféré à l’appréciation de la crédibilité des témoins par le jury.

[36] En ce qui concerne le critère juridique, la Cour d’appel conçoit son rôle de manière inédite en recourant à la notion de caractère suffisant des motifs du juge du procès pour prononcer une déclaration de culpabilité. Elle signale que, dans un procès devant juge seul, ce dernier doit motiver sa décision en répondant aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Elle ajoute :

[TRADUCTION] Pour déterminer si la décision d’un jury est raisonnable ou non, la cour d’appel doit se demander quelle devrait être l’analyse d’un juge pour qu’on puisse en conclure que ce dernier a agi de façon judiciaire. Lorsque, dans les circonstances de l’affaire, nulle analyse judiciaire raisonnable n’aurait pu justifier une déclaration de culpabilité, la cour d’appel est fondée à conclure que le jury n’a pas agi de façon judiciaire en rendant un verdict de culpabilité. [par. 52]

[37] Soit dit en tout respect, la Cour d’appel applique un critère qui est erroné sur le plan du droit et des principes.

[38] As outlined earlier, the test to be applied by courts of appeal in reviewing guilty verdicts for unreasonableness is clear and well settled. It does not involve the reviewing court attempting to put itself in the place of an imaginary trial judge and on a review of the written record asking whether that imaginary judge could have articulated legally adequate reasons for conviction. Not only is this approach contrary to binding authority, it is also, as I see it, fundamentally flawed.

[39] One of the main drivers of the great deference paid to the jury's findings of credibility is that the jurors were present at the trial and saw and heard the evidence as it unfolded. The jury's reasoning as to what evidence it accepted and what evidence it did not accept may well be tied directly to factors flowing from that advantage. Moreover, the jurisprudence on the sufficiency of reasons recognizes that it is often difficult if not impossible to articulate with precision the various factors that influence an ultimate judgment about a witness's credibility. As McLachlin C.J. noted in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paras. 48-49, referring with approval to the reasons of Bastarache and Abella JJ. in *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621:

... it may be difficult for a trial judge "to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events" ...

... the fact remains that the exercise may not be purely intellectual and may involve factors that are difficult to verbalize. ... In short, assessing credibility is a difficult and delicate matter that does not always lend itself to precise and complete verbalization.

[40] The Court of Appeal's test, respectfully, fails to give any weight to these considerations. It is premised on trying, on the basis only of the written record, to fashion an explanation for the jury's decision. But that exercise ignores both the inherent difficulty of the exercise and the main basis for deference to the jury's assessment of

[38] Rappelons que le critère applicable en appel pour déterminer si un verdict de culpabilité est raisonnable ou non est clair et bien établi. Il ne s'agit pas de se mettre à la place d'un juge du procès fictif, ni de se demander si, au vu du dossier, ce juge fictif aurait pu formuler des motifs bien fondés en droit à l'appui de la déclaration de culpabilité. Non seulement une telle méthode est contraire à la jurisprudence, mais elle est aussi, de mon point de vue, entachée d'un vice de fond.

[39] L'une des principales raisons d'être de la grande déférence accordée aux conclusions du jury sur la crédibilité des témoins réside dans la présence des jurés au procès et leur audition de la preuve en direct. Il est fort possible que les motifs pour lesquels le jury retient certains éléments de preuve et en écarte d'autres soient directement liés à cette situation privilégiée. En outre, la jurisprudence relative à la suffisance des motifs reconnaît qu'il est souvent difficile, voire impossible, de dire avec précision ce qui a influé sur la conclusion finale tirée relativement à la crédibilité d'un témoignage. Dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 48-49, la juge en chef McLachlin, se reportant en les approuvant aux motifs des juges Bastarache et Abella dans *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, a d'ailleurs signalé ce qui suit :

... il peut être difficile pour le juge du procès « de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits » ...

... il demeure que cet exercice n'est pas nécessairement purement intellectuel et peut impliquer des facteurs difficiles à énoncer. [...] Bref, l'appréciation de la crédibilité est un exercice difficile et délicat qui ne se prête pas toujours à une énonciation complète et précise.

[40] Malgré le respect que je porte à la Cour d'appel, j'estime que le critère qu'elle applique n'accorde pas d'importance à ces considérations. Elle tente en effet de trouver une explication à la décision du jury à partir du seul dossier. Ce faisant, elle ne tient compte ni de la difficulté inhérente à l'entreprise, ni de la raison fondamentale pour

witness credibility. The advantage of having heard and seen the evidence, while afforded to the jury, is not afforded to the appellate court in trying to reconstruct its reasoning on the basis of the written record.

[41] As the Court stated in *François*, where it is suggested that a witness is not telling the truth because of inconsistencies, because facts may have been suggested to him or her by others or because he or she may have reason to concoct the accusations, the jury must in the end decide whether it believes the witness's story in whole or in part. "Th[e] determination turns not only upon such factors as the assessment of the significance of any alleged inconsistencies or motives for concoction, which may be susceptible of reasoned review by a court of appeal, but on the demeanour of the witness and the common sense of the jury, which cannot be assessed by the court of appeal": pp. 836-37.

[42] The Court of Appeal's adoption of this new test resulted in its failure to take a sufficiently deferential approach to the findings of the jury viewed, as they must be, in the context of the whole of the evidence.

[43] The Court of Appeal's treatment of the complainant's statement to the Port Elgin police will serve as a first example. Of great concern to the Court of Appeal was the inconsistency between the complainant's initial statement and her subsequent statements and testimonies. Four of the five inconsistencies which the Court of Appeal found to raise serious questions about the complainant's credibility are grounded in whole or in substantial part in that initial statement: the inconsistencies regarding the number and nature of incidents, the location, who was present and whether the complainant was nervous about being alone with the respondent. It seems to me, however, that there are two problems with the Court of Appeal's approach.

[44] The first is that the court overlooked potentially significant parts of the evidence about why that initial statement was not satisfactory. While the

laquelle l'appréciation de la crédibilité des témoins par le jury commande la déférence. Lorsqu'elle s'affaire à reconstituer le raisonnement du jury à partir du dossier, la Cour d'appel ne bénéficie pas de l'avantage que confère l'audition des témoins en salle d'audience.

[41] Comme le dit notre Cour dans *François*, lorsqu'on laisse entendre qu'un témoin ne dit pas la vérité à cause d'incohérences, de la possibilité que des faits lui aient été suggérés par autrui ou de l'existence possible de raisons d'avoir inventé l'histoire qui est à l'origine des accusations, le jury doit décider, en fin de compte, s'il y ajoute foi ou non, en totalité ou en partie. « Cette décision repose non pas seulement sur des facteurs comme l'évaluation de l'importance de quelque prétendue incohérence ou raison d'inventer susceptible de faire l'objet d'un examen raisonné par une cour d'appel, mais sur le comportement du témoin et le bon sens des jurés, qui ne peuvent pas être évalués par la cour d'appel » : p. 836-837.

[42] Par l'adoption de son nouveau critère, la Cour d'appel omet de considérer les conclusions du jury avec suffisamment de déférence et en tenant dûment compte de la totalité de la preuve.

[43] Le traitement que la Cour d'appel réserve à la déclaration de la plaignante au poste de police de Port Elgin constitue un bon exemple. Elle juge très préoccupantes les incohérences entre cette première déclaration et les déclarations et témoignages subséquents. Quatre des cinq incohérences qui, selon elle, soulèvent de sérieux doutes sur la crédibilité de la plaignante tiennent en totalité ou en grande partie à la déclaration initiale : le nombre et la nature des incidents, les endroits où ils se sont produits, les personnes présentes et la nervosité ou l'absence de nervosité de la plaignante à l'idée d'être seule avec l'intimé. Cette façon de voir me paraît problématique sous deux rapports.

[44] Premièrement, il y avait au dossier des éléments de preuve relatifs aux raisons pour lesquelles la déclaration initiale n'avait pas été satisfaisante —

court noted that the RCMP was not satisfied with how the first interview had been conducted, it did not refer to the trial evidence about why that was the case. As I outlined earlier, the trial evidence raised a number of specific concerns about the way the first interview had been conducted: the potentially intimidating police station setting, the use of a male interviewing officer, the number of persons present, the presence of the complainant's mother, the lack of rapport between the interviewing officer and the complainant and the complainant's discomfort during the interview. It would not have been unreasonable for the jury, on the basis of this evidence, to decide to attach little value to the initial statement by virtue of the conditions under which it was taken. If the jury reached that conclusion it would of course give little weight to any inconsistencies between that initial statement and the complainant's later statements and testimonies.

[45] The second difficulty, in my respectful view, is that the Court of Appeal, in discounting the complainant's explanation for these inconsistencies, engaged in speculative reasoning that has no basis in judicial experience. The court referred to the complainant's explanation that she had been uncomfortable speaking to the male police officer and embarrassed to discuss these matters in her mother's presence. The court reasoned, however, that while discomfort and embarrassment may help explain omitted incidents, "they do not adequately explain her express denial that any other incidents had occurred": para. 66. Similarly, with respect to the location of one of the incidents, the court again concluded that while discomfort in the initial interview would go somewhat towards explaining omissions, it "does not adequately explain her express denial of other locations": para. 67.

[46] Respectfully, I am not aware of any basis in fact or judicial experience supporting the view that a witness's discomfort and embarrassment during an interview may explain some types of inconsistencies but not others. Rather, in my view,

des éléments susceptibles d'avoir de l'importance —, et la Cour d'appel a omis d'en tenir compte. Cette dernière relève l'insatisfaction de la GRC quant au déroulement du premier entretien, mais elle ne renvoie pas à la preuve offerte au procès sur les motifs de cette insatisfaction. Je le répète, la preuve présentée au procès a soulevé des interrogations précises sur le déroulement du premier entretien : le caractère potentiellement intimidant d'un poste de police, le fait que le policier était de sexe masculin, le nombre de personnes dans la pièce, la présence de la mère de la plaignante, l'absence d'une relation de confiance avec le policier et le malaise éprouvé par la plaignante pendant l'entretien. Compte tenu de cette preuve, il n'aurait pas été déraisonnable que le jury n'attache pas une grande valeur à la déclaration initiale étant donné les circonstances de son obtention. Le cas échéant, il aurait évidemment accordé peu d'importance aux incohérences entre cette première déclaration et les déclarations et témoignages subséquents.

[45] La deuxième difficulté tient selon moi à ce que, en écartant l'explication des incohérences par la plaignante, la Cour d'appel se livre à un raisonnement conjectural qui n'a pas de fondement dans l'expérience judiciaire. Elle fait mention de l'explication de la plaignante selon laquelle elle ne s'était pas sentie à l'aise de parler à un policier de sexe masculin et d'aborder le sujet devant sa mère. Or, dans l'optique de la Cour d'appel, le malaise et la gêne peuvent expliquer en partie l'omission de révéler certains incidents, mais [TRADUCTION] « ils n'expliquent pas que la plaignante ait nié formellement que d'autres incidents se soient produits » : par. 66. Dans la même veine, elle conclut, relativement au lieu où s'est produit l'un des incidents, que si le malaise ressenti lors de l'entretien initial peut expliquer les omissions jusqu'à un certain point, « il n'explique pas la négation formelle d'incidents à d'autres endroits » : par. 67.

[46] Soit dit en tout respect, je ne connais aucun fondement tenant aux faits ou à l'expérience judiciaire qui soit susceptible d'étayer la conclusion que le malaise ou la gêne éprouvés par un témoin lors d'un entretien peuvent expliquer certaines

it was open to the jury to accept the complainant's explanation in whole or in part.

[47] The Court of Appeal also wrongly substituted its views for those of the jury in other respects. The court simply re-applied, on the basis of its review of the written record, the test in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, for assessing reasonable doubt in light of the respondent's testimony. It found the respondent's denial to be plausible because there was nothing in the transcript to cause it to be questioned and because the prosecutor could point to nothing remarkable about the respondent's demeanour. Respectfully, this reasoning ignores the disadvantages of an appellate court in relation to these sorts of findings and undermines the jury's unique position and special role in assessing witness credibility.

[48] Respectfully, the Court of Appeal, while rightly conscious of its responsibility to conduct a thorough review of the record, erred by applying the wrong legal test in carrying out that review. It further erred by failing to take a sufficiently deferential stance in relation to the credibility findings made by the jury.

IV. Disposition

[49] I would allow the appeal and reinstate the conviction entered at trial.

Appeal allowed and conviction restored.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the respondent: Simmonds & Partners Defence, St. John's; Crystal Cyr Barristers, Ottawa.

incohérences, mais pas d'autres. J'estime plutôt qu'il était loisible au jury d'ajouter foi à l'explication de la plaignante, en totalité ou en partie.

[47] La Cour d'appel substitue également à tort son opinion à celle du jury sur d'autres points. À partir du dossier, elle applique à nouveau le critère d'appréciation du doute raisonnable à la lumière du témoignage de l'intimé énoncé dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Elle juge la dénégation de l'intimé digne de foi parce qu'aucun élément de la transcription ne permet de la mettre en doute et que le poursuivant n'a pu relever quoi que ce soit de singulier chez l'intimé lors de son témoignage. J'estime cependant que ce raisonnement omet de tenir compte de la situation désavantageuse d'un tribunal d'appel lorsqu'il s'agit de tirer ce type de conclusions et qu'il met à mal la situation et le rôle uniques du jury dans l'appréciation de la crédibilité des témoins.

[48] Soucieuse à juste titre de se livrer à un examen approfondi du dossier, la Cour d'appel commet toutefois une erreur en n'appliquant pas le bon critère juridique. Elle commet également l'erreur de ne pas manifester suffisamment de déférence à l'égard des conclusions du jury sur la crédibilité.

IV. Dispositif

[49] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Simmonds & Partners Defence, St. John's; Crystal Cyr Avocats, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ernest Fenwick MacIntosh *Respondent*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MACINTOSH

2013 SCC 23

File No.: 34650.

2013: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused extradited to Canada to face numerous charges of indecent assault and gross indecency — Delay of more than 14 years between charges being laid and trial, approximately 12 of those attributable to delays by Crown in extraditing accused — Accused seeking a stay of proceedings due to pre- and post-charge delay — Application dismissed and accused convicted at trial — Accused’s right to be tried within reasonable time violated due to post-charge delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Hamilton, Beveridge and Bryson J.J.A.), 2011 NSCA 111, 250 C.R.R. (2d) 239, 310 N.S.R. (2d) 274, 983 A.P.R. 274, 281 C.C.C. (3d) 291, [2011] N.S.J. No. 660 (QL), 2011 CarswellNS 843, allowing the accused’s appeal from the decision of Kennedy C.J.S.C., 2010 NSSC 105, 289 N.S.R. (2d) 224, 916 A.P.R. 224, 2010 CarswellNS 161, and quashing the accused’s convictions on charges of indecent assault and gross indecency. Appeal dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ernest Fenwick MacIntosh *Intimé*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. MACINTOSH

2013 CSC 23

N° du greffe : 34650.

2013 : 22 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d’être jugé dans un délai raisonnable — Extradition de l’accusé au Canada pour être jugé à l’égard de nombreuses accusations d’attentat à la pudeur et de grossière indécence — Délai de plus de 14 ans entre le dépôt des accusations et le procès, dont 12 environ sont imputables au temps mis par la Couronne à agir pour obtenir l’extradition de l’accusé — Demande d’arrêt des procédures présentée par l’accusé en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations et après celui-ci — Cette demande a été rejetée et l’accusé a été déclaré coupable au procès — Le droit de ce dernier d’être jugé dans un délai raisonnable a été violé en raison du délai écoulé après le dépôt des accusations — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Hamilton, Beveridge et Bryson), 2011 NSCA 111, 250 C.R.R. (2d) 239, 310 N.S.R. (2d) 274, 983 A.P.R. 274, 281 C.C.C. (3d) 291, [2011] N.S.J. No. 660 (QL), 2011 CarswellNS 843, ayant accueilli l’appel formé par l’accusé contre la décision prononcée par le juge en chef Kennedy, 2010 NSSC 105, 289 N.S.R. (2d) 224, 916 A.P.R. 224, 2010 CarswellNS 161, et annulé les déclarations de culpabilité pour attentat à la pudeur et grossière indécence. Pourvoi rejeté.

Mark Scott, for the appellant.

Mark Scott, pour l'appelante.

David J. Bright, Q.C., and *Brian P. Casey*, for the respondent.

David J. Bright, c.r., et *Brian P. Casey*, pour l'intimé.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — We all agree with the Court of Appeal, for the reasons of Beveridge J.A., that the right of the accused to be tried within a reasonable time was violated. The appeal accordingly is dismissed.

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'accord avec l'opinion de la Cour d'appel, pour les motifs exprimés par le juge Beveridge, selon laquelle le droit de l'accusé de subir son procès dans un délai raisonnable a été violé. L'appel est donc rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondent: Boyne Clarke, Dartmouth.

Procureurs de l'intimé : Boyne Clarke, Dartmouth.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

G.M. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. G.M.

2013 SCC 24

File No.: 34952.

2013: April 25.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Appeal — Fresh evidence — Accused convicted of incest and sexual assault — On appeal, accused seeking to provide affidavit evidence demonstrating that defence counsel provided ineffective assistance at trial — Court of Appeal allowing appeal, setting aside trial judge’s decision and ordering new trial — Defence counsel’s conduct of trial did not result in omissions and decisions which, when added together, had effect of undermining reliability of convictions such that accused suffered miscarriage of justice — Convictions restored.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Wells, Welsh and Hoegg JJ.A.), 2012 NLCA 47, 1009 A.P.R. 1, 325 Nfld. & P.E.I.R. 1, 289 C.C.C. (3d) 361, [2012] N.J. No. 243 (QL), 2012 CarswellNfld 238, setting aside the accused’s convictions for incest and sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored.

Frances J. Knickle, for the appellant.

Peter E. Ralph, Q.C., and *Michael A. Crystal*, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

G.M. *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. G.M.

2013 CSC 24

N° du greffe : 34952.

2013 : 25 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Appel — Nouvel élément de preuve — Accusé déclaré coupable d’inceste et d’agression sexuelle — En appel, demande de l’accusé en vue de présenter en preuve un affidavit pour établir l’inefficacité de l’avocat de la défense au procès — Arrêt de la Cour d’appel accueillant le pourvoi, annulant la décision du juge du procès et ordonnant la tenue d’un nouveau procès — La conduite de l’avocat de la défense au procès n’a aucunement entraîné d’omissions ou de décisions qui, combinées, ont eu pour effet de miner la fiabilité des déclarations de culpabilité et ainsi entraîner une erreur judiciaire dont l’accusé aurait été victime — Déclarations de culpabilité rétablies.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Wells, Welsh et Hoegg), 2012 NLCA 47, 1009 A.P.R. 1, 325 Nfld. & P.E.I.R. 1, 289 C.C.C. (3d) 361, [2012] N.J. No. 243 (QL), 2012 CarswellNfld 238, qui a annulé les déclarations de culpabilité de l’accusé pour inceste et agression sexuelle et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, et déclarations de culpabilité rétablies.

Frances J. Knickle, pour l’appelante.

Peter E. Ralph, c.r., et *Michael A. Crystal*, pour l’intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of a view that the appeal should be allowed, for the reasons of Hoegg J.A.

[2] The appeal is allowed and the convictions are restored. Counsel agree that in the event the convictions are restored, as they are, the Sex Offender Information Registration order must, as a matter of law, be modified from 10 to 25 years.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the respondent: Simmonds & Partners Defence, St. John's; Crystal Cyr Barristers, Ottawa.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis que l'appel devrait être accueilli, pour les motifs exprimés par la juge Hoegg.

[2] L'appel est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies. Les avocats conviennent que, advenant un tel rétablissement des déclarations de culpabilité, l'ordonnance quant à l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels doit, en droit, être modifiée, de sorte que l'intimé y sera assujéti durant 25 ans plutôt que 10.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Simmonds & Partners Defence, St. John's; Crystal Cyr Avocats, Ottawa.

Ivana Levkovic *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LEVKOVIC

2013 SCC 25

File No.: 34229.

2012: October 10; 2013: May 3.

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 — Right to liberty — Right to security of person — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code provision prohibiting disposing of dead body of child with intent to conceal its delivery whether child died before, during or after birth — Whether provision is impermissibly vague in its application to child that died before birth — Whether provision infringes rights to liberty and security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

Criminal law — Offences — Concealing body of child — whether phrase “child [that] died before . . . birth” satisfies requirement of certainty — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

While cleaning a recently vacated apartment, a building superintendent discovered on the balcony a bag containing the remains of a human baby. According to the Crown, the remains were of a female delivered “at or near full term”. The cause of death could not be determined and it was unknown whether there had been a live birth. The accused was charged under s. 243 of the *Criminal Code* with concealing the dead body of a child. Before any evidence was called, she challenged the

Ivana Levkovic *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LEVKOVIC

2013 CSC 25

N° du greffe : 34229.

2012 : 10 octobre; 2013 : 3 mai.

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 — Droit à la liberté — Droit à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Imprécision — Disposition du Code criminel interdisant de faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher sa naissance que l'enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance — La disposition est-elle d'une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui est mort avant la naissance? — La disposition viole-t-elle les droits à la liberté et à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

Droit criminel — Infractions — Suppression de part — La proposition « enfant [qui est] mort avant [. . .] la naissance » satisfait-elle à l'exigence de certitude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

Alors qu'il nettoyait un appartement récemment devenu vacant, un gérant d'immeubles a découvert sur le balcon un sac contenant les restes d'un bébé humain. Selon le ministère public, il s'agissait des restes d'un bébé de sexe féminin né « à terme ou presque ». La cause du décès n'a pas pu être déterminée et on ignore s'il y a eu naissance vivante. L'accusée a été inculpée de l'infraction de suppression de part décrite à l'art. 243 du *Code criminel*. Avant la présentation de la preuve,

constitutionality of s. 243 on the grounds that the section infringes her right to liberty and security under s. 7 of the *Charter*. The trial judge concluded that the concept of a child that died before birth is unconstitutionally vague because he could not identify the moment on the gestational spectrum when a fetus becomes the body of a child for the purpose of s. 243. He severed the word “before” from s. 243. The Crown did not call evidence and the accused was acquitted. The Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial on the grounds that the trial judge applied an overly demanding standard of vagueness. The Court of Appeal relied on the “chance of life” standard from *R. v. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388, to conclude that a fetus becomes a child for the purpose of s. 243 when the fetus has reached a stage when, but for some external event or circumstance, it would likely have been born alive.

Held: The appeal should be dismissed.

Impermissibly vague laws mock the rule of law and scorn an ancient and well-established principle of fundamental justice: No one may be convicted or punished for an act or omission that is not clearly prohibited by a valid law. The issue on this appeal is whether s. 243 of the *Criminal Code* satisfies these constitutional requirements.

The risk of incarceration upon conviction clearly engaged the accused’s liberty interest under s. 7 of the *Charter*. It is thus unnecessary to dispose of her submission that s. 243 infringes s. 7 because it interferes with a decision of fundamental personal importance: whether and how to disclose the natural end of a failed pregnancy. Furthermore, the accused’s argument that s. 7 of the *Charter* must hold s. 243 to a heightened standard of precision because it interferes with every woman’s right not to disclose a naturally failed pregnancy raises a challenge for vagueness in form but overbreadth in substance. Given that the accused’s overbreadth arguments were rejected by both courts below and not raised on this appeal, there is no proper basis to revisit the issue here.

In accordance with s. 7 of the *Charter*, in a criminal context, a statutory provision must afford citizens fair notice of the consequences of their conduct and it must limit the discretion of those charged with its enforcement.

elle a contesté la constitutionnalité de l’art. 243 faisant valoir que cette disposition viole ses droits à la liberté et à la sécurité protégés par l’art. 7 de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que la notion d’un enfant qui est mort avant la naissance était inconstitutionnelle pour cause d’imprécision, parce qu’il ne pouvait pas identifier le moment, pendant la grossesse, où un fœtus devient le corps d’un enfant au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 243. Il a retranché le mot « avant » de l’art. 243. Le ministère public n’a pas présenté de preuve et l’accusée a été acquittée. La Cour d’appel a accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès au motif que le juge du procès avait appliqué une norme d’imprécision trop rigoureuse. La Cour d’appel s’est appuyée sur la norme de la « chance de vivre » tirée de *R. c. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388, pour conclure que, pour l’application de l’art. 243, un fœtus devient un enfant lorsqu’il a atteint un stade de son développement où, n’eût été un événement ou une circonstance extérieure, l’enfant serait probablement né vivant.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les lois d’une imprécision inacceptable bafouent la primauté du droit et violent un principe ancien et bien établi de justice fondamentale : nul ne peut être condamné ou puni pour un acte ou une omission qui n’est pas clairement interdit par une loi valide. La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir si l’art. 243 du *Code criminel* satisfait à ces exigences constitutionnelles.

Puisqu’elle risque l’incarcération advenant une déclaration de culpabilité, le droit à la liberté de l’accusée protégé par l’art. 7 de la *Charte* est clairement en cause. Il est donc inutile de statuer sur son argument selon lequel l’art. 243 porte atteinte à l’art. 7 parce qu’il entrave une décision qui revêt une importance personnelle fondamentale : l’opportunité et la façon de révéler la fin naturelle d’une grossesse qui a échoué. En outre, l’argument de l’appelante selon lequel l’art. 7 de la *Charte* doit astreindre l’art. 243 à une norme de précision plus exigeante parce qu’il porte atteinte au droit de la femme de ne pas avoir à révéler une grossesse qui a échoué naturellement équivaut à une contestation fondée sur l’imprécision, sur le plan de la forme, mais fondée sur la portée excessive quant au fond. Vu que les arguments de l’appelante fondés sur la portée excessive ont été rejetés par les deux juridictions inférieures et qu’ils n’ont pas été soulevés dans le présent pourvoi, il n’y a pas lieu de revenir ici sur cette question.

Pour être conforme à l’art. 7 de la *Charte*, en matière criminelle, la disposition contestée doit prévenir raisonnablement les citoyens des conséquences de leur conduite et limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux

A provision that fails to satisfy these essential requirements is void for vagueness. This is judicially determined by examination of both the provision's text and context. Section 243 meets the minimum standard of precision required by the *Charter*. In its application to a child that died before birth, it only captures the disposal of the remains of children that were likely to be born alive. A conviction will only lie where the Crown proves that the child, to the knowledge of the accused, was likely to have been born alive. Section 243 gives fair notice of the risk of prosecution and conviction and limits with sufficient clarity the discretion of those charged with its enforcement. There is thus no need to conduct a s. 1 analysis.

A court can conclude that a law is unconstitutionally vague only after exhausting its interpretive function. This requires considering prior judicial interpretations of the provision, the legislative purpose of the provision, its subject matter and nature, societal values and related legislative provisions. A plain reading of s. 243 makes clear that it is focused on the event of birth. The interpretation of s. 243 is informed by *Berriman*, which sets out that an accused can only be convicted of child concealment if he or she, with intent to conceal its birth, disposed of the body of a child that had reached a point of development where, but for some accidental circumstances it might have been born alive. However, where *Berriman* required that the fetus “might have been born alive”, a *likelihood* requirement is to be preferred. A likelihood standard best comports with the late term focus of s. 243 and affords greater certainty in its application. Moreover, a likelihood standard is consistent with the primary purpose of s. 243 in facilitating the investigation of other *Criminal Code* provisions: the homicide provisions that apply only when the victim is a human being which, in the case of a child, requires that the child has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother; ss. 238 and 242, both of which focus on the event of birth; and, s. 662(4) which, on a charge of murder or infanticide, permits a conviction under s. 243 where neither murder nor infanticide is made out. Limiting the pre-birth application of s. 243 to fetuses that were likely to have been born alive is consistent with the clear late term focus of these offences.

qui sont chargés de son application. Une disposition qui ne satisfait pas à ces exigences essentielles est nulle pour imprécision. C'est au tribunal qu'il revient de déterminer si elle y satisfait en examinant son libellé et son contexte. L'article 243 satisfait à la norme minimale de précision prescrite par la *Charte*. Dans son application à un enfant qui est mort avant la naissance, il ne vise que le fait de faire disparaître les restes d'enfants qui seraient probablement nés vivants. Une déclaration de culpabilité ne pourrait être prononcée que si le ministère public établissait que l'enfant, à la connaissance de l'accusé, serait probablement né vivant. L'article 243 prévient raisonnablement que ceux qui posent les gestes qui y sont décrits risquent d'être poursuivis et déclarés coupables et il circonscrit avec suffisamment de clarté le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

Un tribunal ne peut conclure qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle qu'après avoir épuisé les possibilités rattachées à sa fonction d'interprétation. Pour ce faire, il doit considérer les interprétations judiciaires antérieures, l'objectif législatif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu et les dispositions législatives connexes. Selon le sens ordinaire de ce texte, il est clair que l'art. 243 est axé sur l'événement de la naissance. L'interprétation de l'art. 243 est fondé sur *Berriman* qui énonce qu'un accusé ne pourrait être déclaré coupable de suppression de part, dans l'intention de cacher la naissance d'un enfant, que s'il a fait disparaître le cadavre d'un enfant qui avait atteint un stade de développement où, n'eût été de circonstances accidentelles, il aurait pu naître vivant. Toutefois, là où *Berriman* exigeait que le fœtus « ait pu naître vivant », il convient de préconiser plutôt une exigence de *probabilité*. Le critère de la probabilité convient le mieux, compte tenu de l'accent que met l'art. 243 sur la fin de la grossesse, et procure donc une plus grande certitude quant à son application. En outre, le critère de la probabilité est compatible avec l'objectif principal de l'art. 243, soit de faciliter les enquêtes sur d'autres dispositions du *Code criminel* : celles relatives aux infractions d'homicide qui ne s'appliquent que lorsque la victime est un être humain, ce qui signifie, dans le cas d'un enfant, lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère; les art. 238 et 242, qui visent tous deux l'événement de la naissance; et le par. 662(4) qui, lorsqu'une accusation de meurtre ou d'infanticide est portée, permet une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 243 lorsque la preuve ne permet d'établir ni le meurtre ni l'infanticide. Limiter l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance aux fœtus qui seraient probablement nés vivants est compatible avec le fait que ces dispositions mettent clairement l'accent sur la fin de la grossesse.

Section 243 is not vague because an accused is dependent on expert medical evidence to know whether a fetus would likely have been born alive. Medical evidence would be required even if s. 243 provided a detailed description of the precise moment on the gestational spectrum where a miscarriage becomes a still birth.

Cases Cited

Discussed: *R. v. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388; **referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927); *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 222(1), 223(1), 238, 242, 243, 662(4).
 R.R.O. 1990, Reg. 1094, s. 20.
Vital Statistics Act, R.S.O. 1990, c. V.4, ss. 1 “still-birth”, 9.1.

Authors Cited

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Armstrong and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1, 223 C.R.R. (2d) 261, 271 O.A.C. 177, 264 C.C.C. (3d) 423, 81 C.R. (6th) 376, [2010] O.J. No. 5252 (QL), 2010 CarswellOnt 9252, setting aside the acquittal entered by Hill J. (2008), 235 C.C.C. (3d) 417, 178 C.R.R. (2d) 285, 2008 CanLII 48647, [2008] O.J. No. 3746 (QL),

L'article 243 n'est pas imprécis parce qu'un accusé doit faire appel à une expertise médicale pour savoir si le fœtus serait probablement né vivant. Une preuve médicale serait nécessaire même si l'art. 243 prévoyait une description détaillée du moment précis, pendant la grossesse, où une fausse couche devient une mortinaissance.

Jurisprudence

Arrêt analysé : *R. c. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Connally c. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Cline c. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927); *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 222(1), 223(1), 238, 242, 243, 662(4).
Loi sur les statistiques de l'état civil, L.R.O. 1990, ch. V.4, art. 1 « mortinaissance », 9.1.
 R.R.O. 1990, Règl. 1094, art. 20.

Doctrine et autres documents cités

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Ontario. *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario*, vol. 1. Toronto: Ministère du Procureur général, 2008.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Armstrong et Watt), 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1, 223 C.R.R. (2d) 261, 271 O.A.C. 177, 264 C.C.C. (3d) 423, 81 C.R. (6th) 376, [2010] O.J. No. 5252 (QL), 2010 CarswellOnt 9252, qui a annulé l'acquiescement prononcé par le juge Hill (2008), 235 C.C.C. (3d) 417, 178 C.R.R. (2d) 285, 2008 CanLII 48647, [2008] O.J. No. 3746

2008 CarswellOnt 5744, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jill Copeland, Delmar Doucette, Jessica Orkin and Nicole Rozier, for the appellant.

Jamie Klukach and Gillian Roberts, for the respondent.

Robert J. Frater and Richard Kramer, for the intervener the Attorney General of Canada.

Marie Henein and Danielle Robitaille, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] Impermissibly vague laws mock the rule of law and scorn an ancient and well-established principle of fundamental justice: No one may be convicted or punished for an act or omission that is not clearly prohibited by a valid law. That principle is now enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This has been recognized by the Court since its earliest pronouncements on unconstitutional vagueness in the *Charter* era.

[2] In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, the Court cited with approval two decisions of the Supreme Court of the United States¹ holding that “impermissibly vague laws” violate “the first essential of due process of law” (p. 1151), and continued as follows:

The principles expressed in these two citations are not new to our law. In fact they are based on the ancient Latin maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — that there can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and

¹ *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), at p. 391; *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927), at p. 465.

(QL), 2008 CarswellOnt 5744, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jill Copeland, Delmar Doucette, Jessica Orkin et Nicole Rozier, pour l'appelante.

Jamie Klukach et Gillian Roberts, pour l'intimée.

Robert J. Frater et Richard Kramer, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Marie Henein et Danielle Robitaille, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Les lois d'une imprécision inacceptable bafouent la primauté du droit et violent un principe ancien et bien établi de justice fondamentale : nul ne peut être condamné ou puni pour un acte ou une omission qui n'est pas clairement interdit par une loi valide. Ce principe est maintenant consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour reconnaît ce principe depuis ses tout premiers arrêts sur l'imprécision inconstitutionnelle rendus à l'ère de la *Charte*.

[2] Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, la Cour a cité et approuvé deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis¹ statuant que « les lois d'une imprécision inacceptable » violent « l'élément fondamental de l'application régulière de la loi » (p. 1151) et a poursuivi en ces termes :

Les principes formulés dans ces deux citations ne sont pas nouveaux dans notre droit. En fait, ils sont fondés sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et

¹ *Connally c. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), p. 391; *Cline c. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927), p. 465.

not retroactive. The rationale underlying this principle is clear. It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards This is especially important in the criminal law, where citizens are potentially liable to a deprivation of liberty if their conduct is in conflict with the law. [p. 1152]

[3] And very recently, speaking for the Court in *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] S.C.R. 584, Chief Justice McLachlin reaffirmed the governing principle in these terms:

It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act. The rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done Condemning people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema to our notions of justice. After-the-fact condemnation violates the concept of liberty in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and has no place in the Canadian legal system. [para. 14]

[4] Our concern here is with s. 243 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which is said by the appellant to be impermissibly vague, at least in part. For that reason and to that extent, the appellant submits, s. 243 infringes her right to liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*. She submits as well that this infringement of s. 7 cannot be justified — or “saved” — under s. 1 of the *Charter*.

[5] Section 243 makes it a crime in Canada to dispose of the dead body of a child with intent to conceal its delivery — whether the child died *before*, *during*, or *after* birth. The decisive issue on this appeal is whether s. 243 is impermissibly vague in its application to a child that died *before* birth.

[6] The trial judge held that it is; the Ontario Court of Appeal held that it is not. With respect for the

non rétroactive. La raison d’être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d’être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l’application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites [. . .] Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les citoyens peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi. [p. 1152]

[3] Très récemment, la juge en chef McLachlin, qui s’exprimait au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, a réaffirmé le principe directeur en ces termes :

L’une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu’une personne puisse savoir qu’un acte est criminel avant de l’accomplir. La règle de droit exige que les lois délimitent à l’avance ce qui est permis et ce qui est interdit [. . .] Condamner une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu’il était criminel est digne de l’univers kafkaïen et va à l’encontre de notre conception de la justice. La condamnation d’un acte après coup est contraire au concept de liberté consacré à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle répugne au système de justice canadien. [par. 14]

[4] Ici, c’est l’art. 243 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui est en cause. Il serait, selon l’appelante, d’une imprécision inacceptable, du moins en partie. Pour cette raison et dans cette mesure, plaide l’appelante, l’art. 243 porte atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*. Elle plaide en outre que cette atteinte à l’art. 7 ne saurait être justifiée — ou « validée » — par l’application de l’article premier de la *Charte*.

[5] Aux termes de l’art. 243, commet un crime au Canada quiconque fait disparaître le cadavre d’un enfant dans l’intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l’enfant soit mort *avant*, *pendant* ou *après* la naissance. La question décisive dans le présent appel est celle de savoir si l’art. 243 est d’une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui est mort *avant* la naissance.

[6] Le juge du procès a conclu que tel est le cas; la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que tel n’est pas

contrary conclusion of the trial judge, I agree with the Court of Appeal.

[7] The appellant argues that s. 7 of the *Charter* must hold s. 243 to a more exacting standard of precision because it interferes with what in her view is a constitutionally protected personal autonomy and privacy interest: every woman's right not to disclose a naturally failed pregnancy.

[8] In fact, however, the appellant's vagueness challenge does not rest ultimately — if at all — on a woman's constitutionally protected autonomy and privacy interests. On the contrary, the appellant expressly recognizes Parliament's right to criminalize the concealment by a woman of the fact that she was delivered of a child that died during, after and even *before* birth. More particularly, she concedes that Parliament may “enact legislation which has application to the concealment of a fetus at some stages of development prior to live birth”. Her constitutional challenge relates exclusively to a woman's “inability to determine the conduct to which s. 243 applies in the context of a child that dies before birth”: A.F., at para. 4.

[9] It seems to me that the appellant's submission regarding a woman's right not to disclose a naturally failed pregnancy amounts to a challenge for vagueness in form but overbreadth in substance. A challenge for overbreadth would require the Court to balance the impact of s. 243 on the appellant's constitutionally protected interests against the impact necessary for s. 243 to achieve its justified legislative objectives. The appellant's arguments regarding this balance were rejected by both courts below. Moreover, there is no challenge for overbreadth on this appeal. And it is not open to the appellant, in characterizing her privacy interest submission as a vagueness challenge, to circumvent this balancing exercise that informs a proper constitutional challenge for overbreadth.

le cas. Avec égard pour la conclusion contraire du juge du procès, je suis d'accord avec la Cour d'appel.

[7] L'appelante plaide que l'art. 7 de la *Charte* doit astreindre l'art. 243 à une norme de précision plus exigeante parce qu'il porte atteinte à ce qui est, à son avis, un droit à l'autonomie personnelle et à la vie privée protégé par la Constitution, à savoir le droit de la femme de ne pas avoir à révéler une grossesse qui a échoué naturellement.

[8] De fait, cependant, la contestation de l'appelante fondée sur l'imprécision ne s'appuie pas en définitive — voire pas du tout — sur les droits de la femme à l'autonomie et à la vie privée protégés par la Constitution. Au contraire, l'appelante reconnaît expressément le droit du Parlement de criminaliser l'acte de la femme qui cache le fait qu'elle a donné naissance à un enfant, que l'enfant soit mort pendant, après ou même *avant* la naissance. Plus particulièrement, elle admet que le Parlement peut [TRADUCTION] « édicter des lois qui s'appliquent à la dissimulation d'un fœtus à certains stades de développement avant la naissance vivante ». Sa contestation constitutionnelle a trait exclusivement à « l'incapacité [de la femme] de déterminer le comportement auquel s'applique l'art. 243 relativement à un enfant qui décède avant la naissance » : m.a., par. 4.

[9] Il me semble que l'argument de l'appelante concernant le droit de la femme de ne pas révéler une grossesse qui a échoué naturellement équivaut à une contestation fondée sur l'imprécision, sur le plan de la forme, mais fondée sur la portée excessive quant au fond. Or, une contestation pour portée excessive obligerait la Cour à mettre en balance l'incidence de l'art. 243 sur les droits de l'appelante jouissant d'une protection constitutionnelle et l'incidence nécessaire pour que l'art. 243 atteigne ses objectifs législatifs justifiables. Les deux juridictions inférieures ont rejeté les arguments de l'appelante concernant cette mise en balance. En outre, il n'y a aucune contestation fondée sur la portée excessive dans le présent appel. Qui plus est, l'appelante ne peut, en caractérisant de contestation fondée sur l'imprécision son argument relatif au droit à la vie privée, court-circuiter cet exercice de mise en balance sur lequel doit s'appuyer une contestation constitutionnelle fondée sur la portée excessive.

[10] There is otherwise no dispute regarding the analytical framework for determining whether a statutory provision is void for vagueness. Nor is there any dispute as to the governing criteria: In a criminal context, the impugned provision must afford citizens fair notice of the consequences of their conduct and limit the discretion of those charged with its enforcement.

[11] Whether the provision satisfies these essential requirements will be judicially determined by examination of both its text and context. Normally, in making that determination, the court will first consider the plain meaning of the words used by Parliament to define the essential elements of the offence. In this regard, the requirement of a specific intent, as in this case, will often shed light on the intelligibility of the terms used to describe the prohibited act or omission.

[12] I shall later have more to say about these established rules of interpretation. As we shall see, their application here leads me to conclude that s. 243 of the *Criminal Code* is not impermissibly vague in its application to a child that dies before birth. Only that aspect of the provision is in issue on this appeal.

[13] Any ambiguity as to this element of the offence is resolved in favour of the accused, as it must be, by restricting the pre-birth application of s. 243 to the delivery of a child that would likely have been born alive. By this I mean, here and throughout, a *child that has reached a stage of development where, but for some external event or circumstances, it would likely have been born alive.*

[14] I recognize, of course, that provincial and territorial legislation requires reporting of *all* stillbirths, generally defined as “the complete expulsion or extraction from its mother of a product of conception either after the twentieth week of pregnancy or after the product of conception has attained the weight of 500 grams or more [without

[10] Nul ne conteste par ailleurs le cadre d’analyse qui permet de déterminer si une disposition législative est nulle pour imprécision. Personne ne conteste non plus les critères applicables : en matière criminelle, la disposition contestée doit prévenir raisonnablement les citoyens des conséquences de leur conduite et limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application.

[11] Pour déterminer si la disposition répond à ces exigences essentielles, le tribunal doit examiner son libellé et son contexte. Normalement, lorsqu’il statue sur cette question, le tribunal examine d’abord le sens courant des mots employés par le législateur pour définir les éléments essentiels de l’infraction. À cet égard, l’exigence d’une intention spécifique, comme c’est ici le cas, fait souvent ressortir l’intelligibilité des termes employés pour décrire l’acte ou l’omission prohibés.

[12] Je reviendrai plus loin sur ces règles d’interprétation établies. Comme nous le verrons, leur application en l’espèce m’amène à conclure que l’art. 243 du *Code criminel* n’est pas d’une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui meurt avant la naissance. C’est uniquement cet aspect de la disposition qui est en cause dans le présent appel.

[13] Toute ambiguïté quant à cet élément de l’infraction est résolue en faveur de l’accusée, comme il se doit, en limitant l’application de l’art. 243 en ce qui a trait à la mort avant la naissance à l’accouchement d’un enfant qui serait probablement né vivant. J’entends par là, ici et tout au long des présents motifs, un *enfant qui a atteint un stade de développement où, n’eût été un événement ou d’autres circonstances extérieurs, il serait probablement né vivant.*

[14] Bien entendu, je reconnais que la législation provinciale et territoriale exige que soient déclarées *toutes* les mortinaissances, généralement définies comme en Ontario où la disposition pertinente se lit comme suit : « Expulsion ou extraction complète du corps de la mère, après vingt semaines au moins de grossesse, ou après qu’il a atteint 500 grammes ou

signs of life]”, or words to this effect: see, for example, *Vital Statistics Act*, R.S.O. 1990, c. V.4, s. 1.

[15] The unchallenged constitutionality of these provisions may well negate the privacy and autonomy interests claimed by the appellant in this case. And they doubtless provide clear and specific standards for provincial reporting purposes. In my view, however, they cannot be invoked — by “harmonization”, analogy, or otherwise — to expand by judicial fiat the meaning of “child [that] died before . . . birth” in s. 243 of the *Criminal Code*. Section 243, an enactment that falls squarely within federal jurisdiction, has a distinct legislative history and creates a crime for different legislative purposes.

[16] Finally, a brief word regarding the fault element of s. 243 in its application to a child that died before birth. The Crown concedes, properly in my view, that the burden of proof would be on the prosecution to establish the accused’s awareness that the child died at a time when it was likely to be born alive. Any doubt in this regard would require an acquittal. In addition, as in cases where the child dies at or after birth, the prosecution must prove that the accused disposed of its body “with intent to conceal the fact that [the child’s] mother has been delivered of it”.

[17] For these reasons and the reasons that follow, I would dismiss the appellant’s appeal to this Court, affirm the judgment of the Court of Appeal, and remit the matter for trial.

II

[18] By agreement, the appellant’s constitutional challenge to s. 243 was heard and decided by the trial judge before any evidence was called. Accordingly, the facts alleged by the Crown remain to this day unproven and are thus conditionally relevant here as a matter of context only.

plus, d’un produit de la conception [chez qui il n’y a aucun signe de vie] » : voir, par exemple, *Loi sur les statistiques de l’état civil*, L.R.O. 1990, ch. V.4, art. 1.

[15] Il se peut fort bien que la constitutionnalité incontestée de ces dispositions fasse obstacle à l’exercice des droits à la vie privée et à l’autonomie revendiqués par l’appelante en l’espèce. En outre, elles établissent sans doute des normes claires et explicites aux fins des déclarations provinciales. Toutefois, à mon avis, elles ne sauraient être invoquées — par « harmonisation », analogie ou autrement — pour élargir par décision judiciaire le sens des mots « enfant [qui est] mort avant [. . .] la naissance » utilisés à l’art. 243 du *Code criminel*. L’article 243, une disposition qui relève carrément de la compétence fédérale, possède un historique législatif distinct et crée un crime à des fins législatives différentes.

[16] Enfin, quelques mots sur l’élément de faute de l’art. 243 dans son application à l’enfant qui est mort avant la naissance. Le ministère public concède, avec justesse à mon avis, que la poursuite aurait le fardeau de prouver que l’accusé savait que l’enfant était mort alors qu’il serait probablement né vivant. Tout doute à cet égard obligerait à prononcer un acquittement. En outre, comme dans les cas où l’enfant meurt à la naissance ou après, la poursuite doit prouver que l’accusé a fait disparaître son cadavre « dans l’intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance ».

[17] Pour ces motifs et pour les motifs qui suivent, je rejeterais le pourvoi de l’appelante devant cette Cour, je confirmerais le jugement de la Cour d’appel et je renverrais l’affaire à procès.

II

[18] Comme il a été convenu, le juge du procès a entendu et tranché la contestation constitutionnelle de l’art. 243 par l’appelante avant la présentation de la preuve. En conséquence, les faits allégués par le ministère public n’ont toujours pas été prouvés et ils ne sont provisoirement pertinents, en l’espèce, que pour établir le contexte.

[19] For present purposes, the following summary will suffice.

[20] While cleaning a recently vacated apartment, a building superintendent discovered on the balcony a bag containing the remains of a human baby. Post-mortem examination revealed that the remains were of a female delivered “at or near full term”: R.F., at para. 8. Due to the decomposition of the remains, the cause of death could not be determined and it was unknown whether there had been a live birth.

[21] Following media reports of the superintendent’s discovery, Ivana Levkovic, the appellant in this Court, attended at a police station and gave a statement to the police. She gave birth to the baby, she explained, after falling while alone in the apartment. She then placed the baby in a bag, deposited the bag on the balcony, and left the apartment. Nothing in her statement to the police suggests that the baby was alive at birth.

[22] Ms. Levkovic was charged with concealing the body of a child under s. 243 of the *Criminal Code*. She pleaded not guilty and, before any evidence was called, challenged the constitutionality of s. 243 on the ground that it is impermissibly vague in its application to a *child that died before birth*. To this extent, she submitted, s. 243 violates s. 7 of the *Charter*.

[23] The trial judge granted Ms. Levkovic’s application: (2008), 235 C.C.C. (3d) 417. He concluded that the concept of a child that died before birth is unconstitutionally vague because he could not identify the moment on the gestational spectrum when a fetus becomes the body of a child within the meaning of s. 243.

[24] To bring the provision into compliance with s. 7 of the *Charter*, the trial judge severed the word “before” from the text of the provision, thereby limiting its application to children that died either during or after birth.

[19] Aux fins des présents motifs, le résumé qui suit suffira.

[20] Alors qu’il nettoyait un appartement récemment devenu vacant, un gérant d’immeubles a découvert sur le balcon un sac contenant les restes d’un bébé humain. Un examen post-mortem a révélé qu’il s’agissait des restes d’un bébé de sexe féminin né [TRADUCTION] « à terme ou presque » : m.i., par. 8. En raison de la décomposition des restes, la cause du décès n’a pas pu être déterminée et on ignore s’il y a eu naissance vivante.

[21] Après que la découverte du gérant a été rapportée dans les médias, Ivana Levkovic, l’appelante devant la Cour, s’est rendue à un poste de police et a fait une déclaration aux policiers. Selon ses dires, elle a donné naissance au bébé après avoir fait une chute alors qu’elle se trouvait seule dans l’appartement. Elle a alors placé le bébé dans un sac, déposé le sac sur le balcon, puis quitté l’appartement. Rien dans sa déclaration aux policiers ne laisse entendre que le bébé était vivant à la naissance.

[22] M^{me} Levkovic a été accusée de suppression de part en vertu de l’art. 243 du *Code criminel*. Elle a plaidé non coupable et, avant la présentation de quelque preuve que ce soit, elle a contesté la constitutionnalité de l’art. 243 pour cause d’imprécision inacceptable dans son application à un *enfant qui est mort avant la naissance*. Dans cette mesure, a-t-elle fait valoir, l’art. 243 viole l’art. 7 de la *Charte*.

[23] Le juge du procès a accueilli la demande de M^{me} Levkovic : (2008), 235 C.C.C. (3d) 417. Il a conclu que la notion d’un enfant qui est mort avant la naissance était inconstitutionnelle pour cause d’imprécision, parce qu’il ne pouvait pas déterminer le moment, pendant la grossesse, où un fœtus devient le corps d’un enfant au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 243.

[24] Pour rendre la disposition conforme à l’art. 7 de la *Charte*, le juge du procès en a retranché le mot « avant », limitant ainsi son application aux enfants qui sont morts pendant ou après la naissance.

[25] The Crown elected to call no evidence and the trial judge acquitted the appellant.

[26] The Court of Appeal allowed an appeal by the Crown, set aside the decision of the trial judge, restored the pre-birth application of s. 243, and ordered a new trial: 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1.

[27] The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred by applying an overly demanding standard of vagueness and in failing to apply *R. v. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388 (Surrey Assizes), to his interpretation of s. 243. Relying on *Berriman*, the Court of Appeal held that a fetus becomes a child for the purpose of s. 243 upon reaching a stage in its development when, but for some external event or other circumstances, it would likely have been born alive.

[28] Ms. Levkovic now asks this Court to overrule the Court of Appeal and restore her acquittal. She raises two main grounds: (1) that the Court of Appeal erred in conducting an insufficiently contextual vagueness analysis, overlooking the full impact of s. 243 on her *Charter*-protected right to liberty and security; and (2) that the Court of Appeal erred in relying on the *chance of life* standard to uphold the constitutionality of s. 243.

III

[29] Plainly, Ms. Levkovic's prosecution under s. 243 of the *Criminal Code* engages her liberty interest under s. 7 of the *Charter*, given the risk of her incarceration upon conviction: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 87.

[30] It is therefore unnecessary at this stage to dispose of the appellant's submission that s. 243 *also* infringes her liberty and security under s. 7 of the *Charter* because it interferes with a decision of

[25] Le ministère public a choisi de ne pas présenter de preuve et le juge du procès a acquitté l'appelante.

[26] La Cour d'appel a accueilli le pourvoi du ministère public, annulé la décision du juge du procès, rétabli l'application de l'art. 243 aux cas où la mort est survenue avant la naissance et ordonné la tenue d'un nouveau procès : 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1.

[27] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant une norme d'imprécision trop rigoureuse et en n'appliquant pas l'arrêt *R. c. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388 (Surrey Assizes), à son interprétation de l'art. 243. S'appuyant sur cet arrêt, la Cour d'appel a conclu qu'un fœtus devient un enfant pour l'application de l'art. 243 lorsqu'il a atteint un stade de développement où, n'eût été un événement ou d'autres circonstances extérieurs, il serait probablement né vivant.

[28] M^{me} Levkovic demande maintenant à la Cour d'infirmier le jugement de la Cour d'appel et de rétablir son acquittement. Elle soulève deux principaux motifs : (1) que la Cour d'appel a eu tort de faire une analyse insuffisamment contextuelle de l'imprécision, ne prenant pas en compte toutes les incidences de l'art. 243 sur son droit constitutionnel à la liberté et à la sécurité; (2) que la Cour d'appel a eu tort de s'appuyer sur la norme de la *chance de vivre* pour affirmer la constitutionnalité de l'art. 243.

III

[29] Manifestement, la poursuite contre M^{me} Levkovic intentée en vertu de l'art. 243 du *Code criminel* met en jeu son droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*, vu qu'elle risque l'incarcération si elle est déclarée coupable : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 87.

[30] Il est donc inutile, à ce stade, de statuer sur l'argument de l'appelante selon lequel l'art. 243 porte *aussi* atteinte à sa liberté et à sa sécurité, garanties par l'art. 7 de la *Charte*, parce qu'il entrave une décision

fundamental personal importance: whether and how to disclose the natural end of a failed pregnancy.

[31] Accordingly, I now turn instead to consider whether s. 243, though it engages s. 7 of the *Charter*, nevertheless passes constitutional muster because it accords with the principles of fundamental justice.

IV

[32] The doctrine against vagueness is founded on two rationales: a law must provide fair notice to citizens and it must limit enforcement discretion. Understood in light of its theoretical foundations, the doctrine against vagueness is a critical component of a society grounded in the rule of law: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 626-27; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 16.

[33] Since long before the *Charter*, Canadian criminal law has adhered to the principle of certainty: prohibited conduct must be fixed and knowable in advance: M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 76. As Glanville Williams explained in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 575-76 (cited in D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at pp. 20-21):

. . . *Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege* — that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, predetermined law — this has been regarded by most thinkers as a self-evident principle of justice ever since the French Revolution. The citizen must be able to ascertain beforehand how he stands with regard to the criminal law; otherwise to punish him for breach of that law is purposeless cruelty. . . .

. . . “Law” for this purpose means a body of fixed rules; and it excludes wide discretion even though that discretion be exercised by independent judges. The

qui revêt une importance personnelle fondamentale : l’opportunité et la façon de révéler la fin naturelle d’une grossesse qui a échoué.

[31] En conséquence, j’aborderai plutôt maintenant la question de savoir si l’art. 243, bien qu’il mette en jeu l’art. 7 de la *Charte*, résiste néanmoins à l’examen de sa constitutionnalité parce qu’il est conforme aux principes de justice fondamentale.

IV

[32] La règle de la nullité pour cause d’imprécision est fondée sur deux principes : une loi doit donner aux citoyens un avertissement raisonnable et elle doit limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Comprise à la lumière de ses fondements théoriques, la règle de la nullité pour cause d’imprécision est un élément essentiel d’une société fondée sur la primauté du droit : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 626-627; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 16.

[33] Depuis fort longtemps avant la *Charte*, le principe de certitude fait partie du droit criminel canadien : le comportement prohibé doit être fixé et susceptible d’être connu d’avance : M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 76. Comme l’a expliqué Glanville Williams dans *Criminal Law : The General Part* (2^e éd. 1961), p. 575-576 (cité dans D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 20-21) :

[TRADUCTION] . . . *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il n’y a ni crime ni peine, si ce n’est en conformité avec une loi établie et prédéterminée — cette maxime est considérée par la plupart des penseurs depuis la Révolution française comme un principe de justice allant de soi. Le citoyen doit être en mesure de connaître préalablement sa position en regard du droit criminel. Autrement, il serait inutilement cruel de le punir pour avoir enfreint cette loi. . . .

. . . Dans cette maxime, la « loi » s’entend d’un ensemble de règles fixes; elle n’admet pas le pouvoir discrétionnaire étendu, quand bien même ce pouvoir est

principle of legality involves rejecting “criminal equity” as a mode of extending the law.

[34] This does not mean that an individual must know with certainty whether a particular course of conduct will ultimately result in a conviction of the crime that prohibits such conduct. What it does mean is that the essential elements of the crime must be ascertainable in advance. If an accused must wait “until a court decides what the contours and parameters of the offence are then the accused is being treated unfairly and contrary to the principles of fundamental justice”: Manning, at pp. 75-76.

[35] Individuals are nonetheless expected to refrain from conduct that tests the boundaries of criminal law lest they bear the consequences of the risk they have knowingly assumed: see *Canadian Foundation for Children*, at para. 42. Understandably, the appellant acknowledges that the Constitution contemplates a necessary degree of imprecision in this regard. She submits, however, that such imprecision is unconstitutional if it requires individuals to refrain from constitutionally protected conduct.

[36] The appellant argues that s. 243 must explicitly draw a dividing line between miscarriages and stillbirths lest a woman feel compelled by her uncertainty to give up more of her *Charter*-protected privacy than necessary. In effect, the appellant urges the Court to modify the well-established vagueness standard by introducing an additional factor into the vagueness analysis: the potential chilling impact of the impugned provision on *Charter*-protected interests. I would decline this invitation to vary the governing analytical framework established by the Court.

[37] The rule against unconstitutional vagueness is primarily intended to assure the intelligibility of the criminal law to those who are subject to its sanctions and to those who are charged with its enforcement. As this Court stated in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 82:

exercé par des juges indépendants. Le principe de légalité implique le rejet de l’« équité en matière criminelle » comme moyen d’élargir la loi établie.

[34] Cela ne veut pas dire qu’une personne doit savoir avec certitude si un comportement particulier donnera lieu en définitive à une déclaration de culpabilité pour le crime qui prohibe ce comportement. Toutefois, il faut qu’elle soit en mesure de connaître préalablement les éléments essentiels du crime. Si un accusé doit attendre [TRADUCTION] « qu’un tribunal décide de l’étendue d’une infraction, il est alors traité de façon injuste et contraire aux principes de justice fondamentale » : Manning, p. 75-76.

[35] On s’attend toutefois à ce que les individus s’abstiennent d’adopter une conduite qui mette à l’épreuve les lignes de démarcation du droit criminel, sous peine de subir les conséquences du risque qu’ils ont sciemment assumé : voir *Canadian Foundation for Children*, par. 42. Comme on peut bien le comprendre, l’appelante reconnaît que la Constitution envisage un degré nécessaire d’imprécision à cet égard. Cependant, elle prétend que cette imprécision est inconstitutionnelle si elle oblige quelqu’un à s’abstenir d’adopter une conduite protégée par la Constitution.

[36] L’appelante plaide que l’art. 243 doit explicitement tracer une ligne de démarcation entre les fausses couches et les mortinaissances, faute de quoi une femme se sentira contrainte par son incertitude de renoncer à une plus grande part qu’il n’en faut de sa vie privée protégée par la *Charte*. De fait, l’appelante invite la Cour à modifier la norme bien établie en matière d’imprécision en introduisant un facteur supplémentaire dans l’analyse qui en est faite : l’effet potentiellement paralysant de la disposition attaquée sur les droits protégés par la *Charte*. Je déclinerais cette invitation à modifier le cadre d’analyse applicable établi par la Cour.

[37] La règle de l’imprécision constitutionnelle a pour principal objectif d’assurer l’intelligibilité du droit criminel pour ceux qui sont assujettis à ses sanctions et ceux qui sont chargés de son application. Comme la Cour l’a affirmé au par. 82 de l’arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 :

In the context of vagueness, proportionality plays no role in the analysis. There is no need to compare the purpose of the law with its effects (as in overbreadth) A court is required to perform its interpretive function, in order to determine whether an impugned provision provides the basis for legal debate.

[38] This does not mean that the impact of s. 243 on a woman's privacy interests is irrelevant to its constitutionality. However, it is important to maintain the analytical distinction between true vagueness and the additional vagueness concern raised by the appellant. The latter, in my view, is more appropriately considered an aspect of overbreadth and dealt with in that context. As the respondent rightly points out, failing to do so would create a "lopsided" analysis that "takes account of individual interests . . . without equal regard to the law's objectives": R.F., at para. 63.

[39] As this Court held in *Nova Scotia Pharmaceutical*, "once the minimal general standard has been met, any further arguments as to the precision of the enactments should be considered at the 'minimal impairment' stage of s. 1 analysis" (p. 643). Or, in this case, where no *Charter* violation has yet been established and there is therefore no need to consider s. 1, additional precision-based arguments relating to the scope of the provision should be considered in an overbreadth analysis.

[40] Where a law meets the minimum standard of precision required by the *Charter*, it may nevertheless by "[g]enerality and imprecision of language . . . fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth": *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-95.

[41] Given that the appellant's overbreadth arguments were rejected by both courts below and not

Dans le contexte de l'imprécision, le facteur de la proportionnalité n'a aucun rôle à jouer dans l'analyse. Il n'est pas nécessaire de comparer l'objet de la loi à ses effets (comme ce serait le cas pour la portée excessive) [. . .] Le tribunal doit s'acquitter de sa fonction d'interprétation afin de déterminer si la disposition attaquée fournit un fondement pour un débat judiciaire.

[38] Ceci ne veut pas dire que l'incidence de l'art. 243 sur le droit d'une femme à la vie privée soit sans rapport avec sa constitutionnalité. Toutefois, il est important de garder distinctes les analyses que commandent respectivement l'imprécision véritable et la crainte additionnelle d'imprécision soulevée par l'appelante. À mon avis, il convient davantage de considérer cette imprécision additionnelle comme un aspect de la portée excessive et d'en traiter dans ce contexte. Comme l'a souligné à juste titre l'intimée, faire autrement aurait pour effet de procéder à une analyse [TRADUCTION] « déséquilibrée » qui « prend en compte les droits individuels [. . .] sans prendre tout autant en compte les objectifs de la loi » : m.i., par. 63.

[39] Comme la Cour a statué dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, « si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'"atteinte minimale" de l'analyse fondée sur l'article premier » (p. 643). Cela dit, en l'espèce, où aucune violation de la *Charte* n'a encore été établie, si bien qu'il n'est pas nécessaire de considérer l'article premier, les arguments supplémentaires fondés sur la précision ayant trait à la portée de la disposition devraient être examinés dans le contexte d'une analyse de la portée excessive.

[40] Lorsqu'une loi satisfait à la norme minimale de précision prescrite par la *Charte*, elle peut néanmoins, « [par sa] généralité [. . .] ainsi que l'imprécision de ses termes [faire] que l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive » : *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 95.

[41] Vu que les arguments de l'appelante fondés sur la portée excessive ont été rejetés par les deux

raised on this appeal, there is no proper basis to revisit the issue here.

[42] I turn then to the question at the heart of this appeal: Does s. 243 sufficiently limit enforcement discretion and provide citizens with fair notice of the type of conduct that risks criminal sanction? As mentioned at the outset, I believe that it does.

V

[43] Section 243 states:

243. Every one who in any manner disposes of the dead body of a child, with intent to conceal the fact that its mother has been delivered of it, whether the child died before, during or after birth, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

[44] A plain reading of its text makes clear that s. 243 is focused on the event of birth. The phrase “before, during or after birth” leaves no room for doubt in this regard. Indeed the parties agree that in its application to a *child that died before birth*, s. 243 applies only to stillbirths — not to miscarriages or abortions: see A.F., at paras. 3-4.

[45] Despite this clear connection to the event of birth, the appellant argues that the word “before” renders s. 243 vague because it does not clearly distinguish a birth from a miscarriage. In other words, a woman may not know whether she has miscarried and is therefore outside the scope of s. 243, or has instead experienced a stillbirth and may therefore be caught by s. 243. From the appellant’s perspective, the transition point between miscarriage and stillbirth is critical. It represents the moment when a fetus becomes a child and therefore delineates the boundary between permissible and criminal conduct: only the concealment of the body of a child is caught by s. 243.

juridictions inférieures et qu’ils n’ont pas été soulevés dans le présent pourvoi, il n’y a pas lieu de revenir ici sur cette question.

[42] J’aborde maintenant la question qui est au cœur du présent pourvoi : L’article 243 limite-t-il suffisamment le pouvoir discrétionnaire quant à son application et prévient-il raisonnablement les citoyens du type de comportement qui peut entraîner des sanctions pénales? Comme je l’ai mentionné dès le début, je crois que oui.

V

[43] L’article 243 dispose :

243. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, de quelque manière, fait disparaître le cadavre d’un enfant dans l’intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l’enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance.

[44] Selon le sens ordinaire de ce texte, il est clair que l’art. 243 est axé sur l’événement de la naissance. L’expression « avant, pendant ou après la naissance » ne laisse aucun doute à cet égard. De fait, les parties s’entendent pour dire que dans son application à un *enfant qui est mort avant la naissance*, l’art. 243 ne s’applique qu’aux mortinaissances — et non aux fausses couches ou aux avortements : voir m.a., par. 3-4.

[45] Malgré ce lien clair avec l’événement de la naissance, l’appelante plaide que le mot « avant » rend l’art. 243 imprécis parce qu’il ne fait pas de distinction claire entre une naissance et une fausse couche. Autrement dit, selon elle, il se peut qu’une femme ne sache pas si elle a fait une fausse couche, et n’est donc pas visée par l’art. 243, ou si elle a plutôt accouché d’un mort-né, auquel cas elle peut être visée par cette disposition. Du point de vue de l’appelante, le point de transition entre la fausse couche et la mortinaissance est capital. Il représente le moment où un fœtus devient un enfant et marque la limite entre ce qui est permis et ce qui est criminel : seul le fait de cacher le cadavre d’un enfant est visé par l’art. 243.

[46] Thus, the central vagueness question is whether s. 243 sufficiently identifies the moment on the gestational spectrum when a miscarriage becomes a stillbirth. The answer to this question does not lie entirely and exclusively in the text of s. 243.

[47] A court can conclude that a law is unconstitutionally vague only after exhausting its interpretive function. The court “must first develop the full interpretive context surrounding an impugned provision”: *Canadian Pacific*, at paras. 47 and 79.

[48] To develop a provision’s “full interpretive context”, this Court has considered: (i) prior judicial interpretations; (ii) the legislative purpose; (iii) the subject matter and nature of the impugned provision; (iv) societal values; and (v) related legislative provisions: *Canadian Pacific*, at paras. 47 and 87.

[49] Relevant jurisprudence as to the scope of this offence dates back over 150 years to the English case of *Berriman*. Ms. Berriman was charged with concealing the birth of her child. The police linked Ms. Berriman to the “half calcined” bones of a baby with a gestational age of seven to nine months. Erle J. instructed the jury not to convict if the fetus could have had no “chance of life”:

This offence cannot be committed unless the child had arrived at that stage of maturity at the time of birth, that it might have been a living child. It is not necessary that it should have been born alive, but it must have reached a period when, but for some accidental circumstances, such as disease on the part of itself or of its mother, it might have been born alive. There is no law which compels a woman to proclaim her own want of chastity, and if she had miscarried at a time when the foetus was but a few months old, and therefore could have had no chance of life, you could not convict her upon this charge. No specific limit can be assigned to the period when the chance of life begins, but it may, perhaps, be safely assumed that under seven months the great probably [*sic*] is that the child would not be born alive. [p. 390]

[46] Dans cette optique, la question centrale en matière d'imprécision est celle de savoir si l'art. 243 identifie suffisamment le moment de la grossesse où une fausse couche devient une mortinaissance. La réponse à cette question ne se trouve pas entièrement et exclusivement dans le libellé de l'art. 243.

[47] Un tribunal ne peut conclure qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle qu'après avoir épuisé les possibilités rattachées à sa fonction d'interprétation. Le tribunal « doit d'abord circonscrire tout le contexte interprétatif entourant la disposition attaquée » : *Canadien Pacifique*, par. 47 et 79.

[48] Dans le passé, pour circonscrire « tout le contexte interprétatif » d'une disposition, la Cour a considéré : (i) les interprétations judiciaires antérieures; (ii) l'objectif législatif; (iii) le contenu et la nature de la disposition attaquée; (iv) les valeurs sociales en jeu; (v) les dispositions législatives connexes : *Canadien Pacifique*, par. 47 et 87.

[49] La jurisprudence pertinente quant à la portée de cette infraction remonte à l'arrêt anglais *Berriman*, rendu il y a plus de 150 ans. M^{me} Berriman avait été accusée d'avoir caché la naissance de son enfant. La police avait lié M^{me} Berriman aux ossements [TRADUCTION] « à moitié calcinés » d'un bébé dont l'âge gestationnel se situait entre sept et neuf mois. Le juge Erle avait ordonné au jury de ne pas prononcer un verdict de culpabilité si le fœtus n'avait eu aucune [TRADUCTION] « chance de vivre » :

[TRADUCTION] Cette infraction ne peut être commise à moins que l'enfant n'ait atteint un stade de maturité à la naissance qui lui eut permis d'être un enfant vivant. Il n'est pas nécessaire qu'il soit né vivant, mais il doit avoir atteint un stade où, n'eût été des circonstances accidentelles, par exemple une maladie chez lui ou chez sa mère, il aurait pu naître vivant. Aucune loi n'oblige une femme à proclamer son propre manque de chasteté, et si elle avait fait une fausse couche à un stade où le fœtus n'avait que quelques mois, si bien qu'il n'avait eu aucune chance de vivre, vous ne pourriez pas la déclarer coupable de cette accusation. Aucune limite précise ne peut être attribuée à la période au terme de laquelle il commence à y avoir une chance de vivre, mais on peut peut-être présumer sans risque de se tromper qu'à moins de sept mois, il est fort probable que l'enfant ne naîtrait pas vivant. [p. 390]

[50] According to this test, an accused could only be convicted of child concealment if he or she, with the intent to conceal its birth, disposed of the body of a child that had reached a point of development where, “but for some accidental circumstances . . . it might have been born alive”.

[51] *Berriman* suggests that an unborn child of at least seven months is more likely than not to be born alive. By setting seven months as a guideline — rather than a bright line — the court in that case recognized that a child’s chance of being born alive will generally increase along the gestational spectrum but is not necessarily predictable based on the gestational age of the fetus alone.

[52] I would in any case hesitate to import into s. 243 a fixed threshold based on gestational age that Parliament has so far chosen to omit.

[53] In my view, s. 243 is informed by *Berriman*.

[54] However, where Erle J. found it sufficient in *Berriman* that the fetus “*might* have been born alive”, I would adopt a *likelihood* requirement instead. I agree with the Court of Appeal that, for the purposes of s. 243, a fetus becomes a child when the fetus “has reached a stage in its development when, but for some external event or other circumstances, it would *likely* have been born alive” (para. 115 (emphasis added)).

[55] This “likelihood” standard best comports with the late term focus of s. 243 and thus affords greater certainty in its application.

[56] To support a conviction under s. 243, it must be shown that the “remains” disposed of were the remains of a child. In cases involving death before birth, the burden is therefore on the Crown to prove that the fetus would likely have been born alive.

[50] Selon ce critère, un accusé ne pourrait être déclaré coupable de suppression de part, dans l’intention de cacher la naissance d’un enfant, que s’il a fait disparaître le cadavre d’un enfant qui avait atteint un stade de développement où « n’eût été des circonstances accidentelles [. . .] il aurait pu naître vivant ».

[51] L’arrêt *Berriman* laisse entendre qu’il est plus probable qu’improbable qu’un enfant non encore né d’au moins sept mois naisse vivant. En fixant, dans cette affaire, l’âge de sept mois à titre indicatif — plutôt qu’à titre de ligne de démarcation nette — la cour a reconnu que la chance qu’un enfant naisse vivant augmentera généralement au cours de la grossesse, mais qu’elle n’est pas nécessairement prévisible sur le seul fondement de l’âge gestationnel du fœtus.

[52] En tout état de cause, j’hésiterais à incorporer dans l’art. 243 un seuil fixe fondé sur l’âge gestationnel que le législateur a jusqu’ici choisi d’omettre.

[53] À mon avis, l’interprétation de l’art. 243 doit tenir compte de l’arrêt *Berriman*.

[54] Toutefois, là où le juge Erle a estimé suffisant dans l’arrêt *Berriman* que le fœtus [TRADUCTION] « *ait pu naître vivant* », je préconise plutôt l’adoption d’une exigence de *probabilité*. Je suis d’accord avec la Cour d’appel que, pour l’application de l’art. 243, un fœtus devient un enfant lorsqu’il [TRADUCTION] « a atteint un stade de son développement où, n’eût été un événement ou des circonstances extérieures, l’enfant serait *probablement* né vivant » (par. 115 (italiques ajoutés)).

[55] Ce critère de la « probabilité » convient le mieux, compte tenu de l’accent que met l’art. 243 sur la fin de la grossesse, et procure donc une plus grande certitude quant à son application.

[56] Pour mener à une déclaration de culpabilité en application de l’art. 243, il faut prouver que les « restes » que l’on a fait disparaître étaient les restes d’un enfant. Dans les cas où la mort est survenue avant la naissance, le ministère public a donc le fardeau de prouver que le fœtus serait probablement né vivant.

[57] This brings me to another important aspect of a full contextual interpretation of s. 243: its legislative purpose and context.

[58] The parties agree that s. 243 is largely concerned with facilitating the investigation of homicides. In order to do so, s. 243 must cover potential victims of homicide.

[59] Pursuant to s. 222(1), the homicide provisions of the *Criminal Code* apply only when the victim is a human being. And pursuant to s. 223(1) of the *Code*, a child becomes a human being “when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother, whether or not (a) it has breathed; (b) it has an independent circulation; or (c) the navel string is severed”.

[60] In order to facilitate the investigation of homicides, s. 243 must therefore apply to children that were either born alive or were likely to be born alive and thus capable of satisfying the *Criminal Code* definition of a human being in s. 223(1). As the trial judge reasoned at para. 156:

. . . allowing persons to conduct themselves as though pregnancy terminated in still-birth, and to say so if challenged, all without reliable government certification, amounts to an easy and unacceptable escape for those inclined to eliminate a new-born infant by killing it. Unchecked and unreviewable disposal of a still-born child effectively defeats the state’s ability to verify that death preceded live birth.

[61] Accordingly, a *likelihood* approach to s. 243 — that is, requiring evidence that the child would likely have been born alive — serves its goal of facilitating the investigation of potential homicides.

[62] That said, to fully achieve its purpose, s. 243 must also facilitate the investigation of ss. 238 and 242, which both contemplate the death of a child that has not yet become a human being within the meaning of s. 223(1) of the *Criminal Code*.

[57] Ceci m’amène à un autre aspect important d’une interprétation contextuelle exhaustive de l’art. 243 : son objectif et son contexte législatifs.

[58] Les parties conviennent que l’art. 243 vise principalement à faciliter les enquêtes sur les homicides. Pour ce faire, l’art. 243 doit porter sur les victimes éventuelles d’homicide.

[59] Selon le par. 222(1), les dispositions du *Code criminel* en matière d’homicide ne s’appliquent que lorsque la victime est un être humain. Aux termes du par. 223(1) du *Code*, un enfant devient un être humain « lorsqu’il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère : a) qu’il ait respiré ou non; b) qu’il ait ou non une circulation indépendante; c) que le cordon ombilical soit coupé ou non ».

[60] Pour faciliter les enquêtes sur les homicides, l’art. 243 doit donc s’appliquer aux enfants qui sont nés vivants ou qui seraient probablement nés vivants, si bien qu’ils étaient susceptibles d’être visés par la définition d’un être humain donnée au par. 223(1) du *Code criminel*. Comme l’a expliqué le juge du procès au par. 156 :

[TRADUCTION] . . . permettre aux gens de se comporter comme si la grossesse s’était soldée par une mortinaissance, et de l’affirmer en cas de contestation, le tout sans certification fiable de l’État, équivaut à donner une échappatoire facile et inacceptable aux personnes enclines à éliminer un nouveau-né en le tuant. En faisant disparaître un enfant mort-né sans le moindre contrôle, on prive effectivement l’État de la capacité de vérifier que le décès précédait une naissance vivante.

[61] Par conséquent, l’application du critère de la *probabilité* à l’art. 243 — soit, exiger la preuve que l’enfant serait probablement né vivant — permet d’atteindre son objectif, c’est-à-dire faciliter les enquêtes sur les homicides éventuels.

[62] Cela dit, pour atteindre pleinement son objectif, l’art. 243 doit également faciliter les enquêtes en application des art. 238 et 242, deux dispositions qui visent le décès d’un enfant qui n’est pas encore devenu un être humain au sens du par. 223(1) du *Code criminel*.

[63] Section 238 prohibits killing an unborn child in the act of birth and s. 242 proscribes the failure to obtain assistance in childbirth, resulting in permanent injury or death immediately before, during, or a short time after birth.

[64] To facilitate the investigation of these offences, the pre-birth application of s. 243 is appropriately limited to fetuses that were likely to have been born alive — that is children, not fetuses that were miscarried.

[65] This *likelihood* approach is also consistent with s. 662(4) of the *Criminal Code*, which, on a charge of murder or infanticide, permits a conviction under s. 243 where neither murder nor infanticide is made out, but the evidence proves the requisite elements of s. 243.

[66] When considered in light of s. 662(4), it is clear that the pre-birth application of s. 243 is not intended to reach back beyond the delivery of a child that would likely have been born alive. Rather, its application to a child that died before birth simply ensures that the law can respond to criminal conduct against newly born infants in cases where the evidence does not establish that death occurred post-birth.

[67] By facilitating the investigation of the offences discussed above, s. 243 ultimately serves to protect children born alive and a subset of children that died before birth. The parties agree that Parliament can properly legislate with respect to both. As we have seen, the appellant explicitly concedes that Parliament may “enact legislation which has application to the concealment of a fetus at some stages of development prior to live birth”.

[68] With regard to newly born children, the importance of s. 243 is clear. As expressed in the

[63] L'article 238 interdit de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né et l'art. 242 proscriit la négligence d'obtenir de l'aide lors de la naissance d'un enfant, avec pour conséquence que l'enfant, par-là, subit une lésion permanente ou meurt immédiatement avant, pendant ou peu de temps après sa naissance.

[64] Pour faciliter les enquêtes sur ces infractions, l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance se limite à juste titre aux fœtus qui seraient probablement nés vivants, soit à des enfants, et non à des fœtus victimes de fausses couches.

[65] L'application de ce critère de la *probabilité* est également compatible avec le par. 662(4) du *Code criminel* qui, lorsqu'une accusation de meurtre ou d'infanticide est portée, permet une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 243 lorsque la preuve ne permet d'établir ni le meurtre ni l'infanticide, mais les éléments requis de l'infraction visée à l'art. 243.

[66] Vu le par. 662(4), il est clair que l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance ne vise pas à remonter au-delà de l'accouchement d'un enfant qui serait probablement né vivant. Son application à un enfant mort avant la naissance garantit simplement plutôt que le droit peut sanctionner un comportement criminel perpétré contre des nouveau-nés dans les cas où la preuve n'établit pas que la mort est survenue après la naissance.

[67] En facilitant les enquêtes sur les infractions dont je viens de discuter, l'art. 243 sert en définitive à protéger les enfants nés vivants et un sous-ensemble d'enfants morts avant la naissance. Les parties conviennent que le législateur peut légiférer quant à ces deux groupes d'enfants. Comme nous l'avons vu, l'appelante admet explicitement que le législateur peut [TRADUCTION] « adopter des lois qui s'appliquent à la suppression d'un fœtus à certaines étapes du développement avant la naissance d'un enfant vivant ».

[68] En ce qui a trait aux enfants nouveau-nés, l'importance de l'art. 243 est claire. Comme il a été

Goudge Report, vol. 1, at p. 4,² society is gravely concerned with investigating offences committed against society's youngest:

For the community itself, the death of a child in criminally suspicious circumstances is deeply disturbing. Children are the community's most precious and most defenceless asset. The sense of outrage and the urgent need to understand what happened are overwhelming.

[69] Bearing its purposes in mind, the pre-birth application of s. 243 is appropriately limited to fetuses that were likely to have been born alive. In the words of the respondent, the crime of concealment is "limited by the clear late term focus of the offences s. 243 is supporting": R.F., at para. 50.

[70] The appellant argues, however, that even if we describe a *child that died before birth* as a fetus that would likely have been born alive, s. 243 remains vague because an accused is dependent on expert medical evidence to know whether a fetus was, in fact, likely to have been born alive.

[71] Indeed, the doctrine against vagueness cannot be satisfied by inaccessible laws. It is not enough for laws to provide guidance to legal experts; laws, as judicially interpreted, must be sufficiently intelligible to guide ordinary citizens on how to conduct themselves within legal boundaries. As McLachlin C.J. explained in *Mabior* (in a passage more fully set out above): "It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act" (para. 14).

[72] Nonetheless, reliance on expert evidence is not necessarily fatal to the constitutionality of a provision. Section 243 is by no means the only offence that relies on expert evidence to determine whether an offence was committed. For example,

dit dans le *Rapport Goudge*, vol. 1, p. 4², la société tient profondément à enquêter sur les infractions commises contre les plus jeunes de ses membres :

Pour la collectivité elle-même, la mort d'un enfant dans des circonstances suspectes est profondément troublante. Les enfants en sont l'actif le plus précieux et le plus impuissant. Le sentiment d'intense indignation et le besoin urgent de comprendre ce qui s'est produit sont insurmontables.

[69] Compte tenu de ces objectifs, l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance est adéquatement limitée aux fœtus qui seraient probablement nés vivants. Comme l'a dit l'intimée, le crime de suppression de part est [TRADUCTION] « circonscrit du fait que les infractions que soutient l'art. 243 mettent clairement l'accent sur la fin de la grossesse » : m.i., par. 50.

[70] Toutefois, l'appelante plaide que même si nous décrivons l'*enfant qui est mort avant la naissance* comme un fœtus qui serait probablement né vivant, l'art. 243 demeure imprécis parce qu'un accusé doit faire appel à une expertise médicale pour savoir si le fœtus serait, dans les faits, probablement né vivant.

[71] Il est vrai que les lois inaccessibles ne peuvent satisfaire à la règle de la nullité pour cause d'imprécision. Il ne suffit pas que les lois servent de guide aux juristes : elles doivent, tel qu'elles sont interprétées par les tribunaux, être suffisamment intelligibles pour indiquer aux citoyens ordinaires comment se comporter à l'intérieur de limites légales. Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué dans un extrait de *Mabior* (cité plus longuement précédemment) : « L'une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu'une personne puisse savoir qu'un acte est criminel avant de l'accomplir » (par. 14).

[72] Il n'en demeure pas moins que le fait de devoir s'appuyer sur une preuve d'expert n'est pas nécessairement fatal à la constitutionnalité d'une disposition. L'article 243 crée une infraction qui est loin d'être la seule à requérir une preuve d'expert

² *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (2008) (the "*Goudge Report*").

² *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport* (2008) (le « *Rapport Goudge* »).

without the benefit of a breathalyser, individuals may not know whether they have consumed an amount of alcohol that would bring them over the legal limit. Similarly, in some murder cases an accused may not know, without expert medical evidence, whether his or her conduct actually caused the victim's death.

[73] Expert evidence cannot serve to define the elements of an offence, but only to help the court determine whether the elements are made out on the facts of a particular charge. In the case of s. 243, expert evidence can thus be relied on to establish as a matter of fact that the disposed-of remains were those of a child that was likely to be born alive — an essential element of the offence.

[74] Even if s. 243 provided a detailed description of the precise moment on the gestational spectrum where a miscarriage becomes a stillbirth, as the appellant suggests it should, medical evidence would often be required in any event. For example, if s. 243 stated that the concealment offence only applies to a child that died before birth where the gestational age is over seven months, what additional certainty would that give a woman who was unsure of the date of conception? In such a case, expert medical evidence regarding gestational age would be required to ascertain whether s. 243 would capture a decision to keep a failed pregnancy private.

[75] Similarly, if the word “before” were severed from s. 243, making it only applicable to a child that died during or after birth, a woman remains dependent on medical evidence to determine whether her conduct would fall within s. 243. As the trial judge noted: “A mother may not be in the best position to know whether her new-born is alive or dead . . .” (para. 83). He went on to explain, at para. 145:

Where a woman who has given birth mistakenly believes the child to be dead and disposes of the body intending to conceal its birth as opposed to notifying the relevant authorities, there is no opportunity to correct

pour déterminer si elle a été commise. Par exemple, celui qui n'a pas recours à un alcootest ne saura peut-être pas s'il a consommé une quantité d'alcool qui excède la limite légale. Pareillement, dans certaines affaires de meurtre, un accusé ne saura peut-être pas, sans expertise médicale, si sa conduite a véritablement causé la mort de la victime.

[73] Une preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction : elle peut seulement aider la cour à déterminer si les éléments d'une accusation en particulier ont été établis. Dans le cas de l'art. 243, on peut ainsi s'appuyer sur une preuve d'expert pour établir au regard des faits que les restes que l'on a fait disparaître étaient ceux d'un enfant qui serait probablement né vivant — un élément essentiel de l'infraction.

[74] Même si l'art. 243 prévoyait une description détaillée du moment précis, pendant la grossesse, où une fausse couche devient une mortinaissance, comme il devrait le faire selon l'appelante, une preuve médicale serait souvent nécessaire, de toute façon. Par exemple, si l'art. 243 disposait que l'infraction de suppression de part ne s'appliquait que dans le cas d'un enfant qui est mort avant la naissance à un âge gestationnel supérieur à sept mois, quelle certitude supplémentaire cela donnerait-il à une femme qui n'est pas certaine de la date de conception? Dans un tel cas, une expertise médicale portant sur l'âge gestationnel serait nécessaire pour savoir si l'art. 243 viserait une décision de tenir secrète une grossesse qui a échoué.

[75] Pareillement, si le mot « avant » était retranché de l'art. 243, de sorte que la disposition ne serait applicable qu'à un enfant qui est mort pendant ou après la naissance, une femme dépendrait quand même de la preuve médicale pour déterminer si sa conduite tombe sous le coup de l'art. 243. Comme l'a fait remarquer le juge du procès : [TRADUCTION] « Une mère n'est peut-être pas à même de savoir si son nouveau-né est vivant ou mort . . . » (par. 83). Il a poursuivi ainsi sa réflexion, au par. 145 :

[TRADUCTION] Lorsqu'une femme qui a donné naissance croit à tort que l'enfant est mort et fait disparaître le cadavre dans l'intention de cacher la naissance, au lieu d'aviser les autorités compétentes, il n'y a aucune

the mother's "mistake" and save the child (see *R. v. Bryan* (1959), 123 C.C.C. 160 (Ont. C.A.) — mother erroneously believed child to be still-born, disposed of body down garbage chute; baby subsequently dying in incinerator).

[76] Accordingly, under the severed version adopted by the trial judge that would apply only to deaths that occur during or after birth, medical evidence would still be required; it would simply relate to the time of death instead of fetal development. Clearly, it is the subject matter, rather than the imprecision of the law, that gives rise to the need for expert medical evidence.

[77] Finally, the state's interest in late-term failed pregnancies is both ascertainable and well established. Stillbirths are highly regulated by provincial and territorial legislation: see R.F., at Appendix D. The regulations in all provinces and territories impose some kind of positive obligation to disclose failed pregnancies where the gestational age is 20 weeks or more or where the fetus weighs 500 grams or more: see, for example, *Vital Statistics Act*, ss. 1 and 9.1; and associated regulations under R.R.O. 1990, Reg. 1094, s. 20.

[78] The foregoing contextual and purposive analysis persuades me that s. 243 meets the minimum standard of precision required by the *Charter*. In its application to a *child that died before birth*, s. 243 only captures the delivery of a child that was likely to be born alive.

[79] And I recall in this context that a conviction would only lie where the Crown proves that the child, to the knowledge of the accused, would likely have been born alive.

VI

[80] For all the foregoing reasons, I have concluded that s. 243 does not violate s. 7 of the *Charter*.

possibilité de corriger l'« erreur » de la mère et de sauver l'enfant (voir *R. c. Bryan* (1959), 123 C.C.C. 160 (C.A. Ont.) — une affaire dans laquelle la mère croyait à tort que son enfant était mort-né et a fait disparaître le cadavre dans un vide-ordures; le bébé est mort par la suite dans un incinérateur).

[76] Par conséquent, selon la version amputée de la disposition en cause adoptée par le juge du procès — qui ne s'appliquerait qu'aux décès qui se produisent pendant ou après la naissance — il faudrait quand même une preuve médicale qui servirait toutefois simplement à établir le moment du décès, plutôt que le stade du développement fœtal. Manifestement, c'est la teneur de la loi, plutôt que son imprécision, qui donne lieu à la nécessité de faire appel à une expertise médicale.

[77] Enfin, l'intérêt de l'État à l'égard des grossesses qui ont échoué peu de temps avant terme est à la fois identifiable et bien établi. Les mortinaissances sont rigoureusement réglementées par la législation provinciale et territoriale : voir m.i., annexe D. Les règlements de toutes les provinces et des territoires imposent une certaine forme d'obligation positive de révéler les grossesses qui ont échoué lorsque l'âge gestationnel atteint 20 semaines ou plus ou lorsque le poids du fœtus atteint 500 grammes ou plus : voir, par exemple, la *Loi sur les statistiques de l'état civil*, art. 1, 9.1 et son règlement d'application, R.R.O. 1990, Règl. 1094, art. 20.

[78] L'analyse contextuelle et téléologique qui précède me convainc que l'art. 243 satisfait à la norme minimale de précision prescrite par la *Charte*. Dans son application à un *enfant qui est mort avant la naissance*, l'art. 243 ne vise que la naissance d'un enfant qui serait probablement né vivant.

[79] Je rappelle en outre que dans ce contexte, une déclaration de culpabilité ne pourrait être prononcée que si le ministère public établissait que l'enfant, à la connaissance de l'accusé, serait probablement né vivant.

VI

[80] Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus que l'art. 243 ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

Section 243 gives women — and men — fair notice that they risk prosecution and conviction if they dispose of the remains of a child born at or near full term with intent to conceal the fact that its mother had been delivered of it. And s. 243 limits with sufficient clarity the discretion of those charged with its enforcement. There is thus no need to conduct a s. 1 analysis.

[81] I would therefore dismiss the appeal and affirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein & Associates, Toronto.

L'article 243 prévient raisonnablement les femmes — et les hommes — qu'ils risquent d'être poursuivis et déclarés coupables s'ils font disparaître les restes d'un enfant né à terme ou presque dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance. De plus, l'art. 243 circonscrit avec suffisamment de clarté le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

[81] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro, Toronto.

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein & Associates, Toronto.

**Sally Behn, Susan Behn, Richard Behn,
Greg Behn, Rupert Behn, Lovey Behn,
Mary Behn and George Behn** *Appellants*

v.

**Moulton Contracting Ltd. and Her Majesty
The Queen in Right of the Province of British
Columbia** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Chief Liz Logan, on behalf of herself
and all other members of the Fort Nelson
First Nation and the said Fort Nelson
First Nation, Grand Council of the Crees
(Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority,
Chief Sally Sam, Maiyoo Keyoh Society,
Council of Forest Industries, Alberta
Forest Products Association and
Moose Cree First Nation** *Intervenors*

**INDEXED AS: BEHN v. MOULTON CONTRACTING LTD.
2013 SCC 26**

File No.: 34404.

2012: December 11; 2013: May 9.

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

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

*Civil procedure — Standing — Aboriginal law —
Treaty rights — Duty to consult — Individual members of
Aboriginal community asserting in defence to tort action
against them that issuance of logging licences breached
duty to consult and treaty rights — Whether individual
members have standing to assert collective rights in
defence.*

**Sally Behn, Susan Behn, Richard Behn,
Greg Behn, Rupert Behn, Lovey Behn,
Mary Behn et George Behn** *Appelants*

c.

**Moulton Contracting Ltd. et Sa Majesté
la Reine du chef de la province de la
Colombie-Britannique** *Intimées*

et

**Procureur général du Canada,
Chef Liz Logan, en son nom et au nom de
tous les autres membres de la Première Nation
de Fort Nelson et ladite Première Nation
de Fort Nelson, Grand Conseil des Cris
(Eeyou Istchee)/Administration régionale crie,
Chef Sally Sam, Société Maiyoo Keyoh,
Council of Forest Industries, Alberta Forest
Products Association et Première Nation
Moose Cree** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BEHN c. MOULTON CONTRACTING LTD.
2013 CSC 26**

N° du greffe : 34404.

2012 : 11 décembre; 2013 : 9 mai.

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

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

*Procédure civile — Qualité pour agir — Droit des
autochtones — Droits issus de traités — Obligation de
consultation — Membres individuels d'une collectivité
autochtone alléguant, en défense à une action en
responsabilité délictuelle intentée contre eux, la
délivrance de permis d'exploitation forestière sans que
soit respectée l'obligation de consultation et en violation
de leurs droits issus du traité — Les membres individuels
ont-ils qualité pour faire valoir en défense des droits
collectifs?*

Civil procedure — Abuse of process — Motion to strike pleadings — Members of Aboriginal community blocking access to logging site and subsequently asserting in defence to tort action against them that issuance of logging licences breached duty to consult and treaty rights — Whether raising defences constituted abuse of process.

After the Crown had granted licences to a logging company to harvest timber in two areas on the territory of the Fort Nelson First Nation in British Columbia, a number of individuals from that First Nation erected a camp that, in effect, blocked the company's access to the logging sites. The company brought a tort action against the members of the Aboriginal community, who argued in their defences that the licences were void because they had been issued in breach of the constitutional duty to consult and because they violated their treaty rights. The logging company filed a motion to strike these defences. The courts below held that the individual members of the Aboriginal community did not have standing to assert collective rights in their defence; only the community could invoke such rights. They also concluded that such a challenge to the validity of the licences amounted to a collateral attack or an abuse of process, as the members of the community had failed to challenge the validity of the licences when they were issued.

Held: The appeal should be dismissed.

The duty to consult exists to protect the collective rights of Aboriginal peoples and is owed to the Aboriginal group that holds them. While an Aboriginal group can authorize an individual or an organization to represent it for the purpose of asserting its Aboriginal or treaty rights, here, it does not appear from the pleadings that the First Nation authorized the community members to represent it for the purpose of contesting the legality of the licences. Given the absence of an allegation of authorization, the members cannot assert a breach of the duty to consult on their own.

Certain Aboriginal and treaty rights may have both collective and individual aspects, and it may well be that in appropriate circumstances, individual members can assert them. Here, it might be argued that because of a connection between the rights at issue and a specific geographic location within the First Nation's territory, the community members have a greater interest in the

Procédure civile — Abus de procédure — Requête en radiation — Membres d'une collectivité autochtone bloquant l'accès à un site d'exploitation forestière et alléguant subséquemment, en défense à une action en responsabilité délictuelle intentée contre eux, la délivrance de permis de vente de bois sans que soit respectée l'obligation de consultation et en violation de leurs droits issus du traité — Le fait de soulever ces moyens de défense constitue-t-il un abus de procédure?

Après que la Couronne eût accordé à une société forestière des permis pour récolter du bois dans deux secteurs du territoire de la Première Nation de Fort Nelson en Colombie-Britannique, des membres de cette Première Nation ont érigé un camp qui, de fait, empêchait la société forestière d'avoir accès aux sites d'exploitation forestière. La société forestière a intenté une action en responsabilité délictuelle contre ces membres de la collectivité autochtone. Ceux-ci ont allégué en défense l'invalidité des permis parce qu'ils auraient été délivrés sans que soit respectée l'obligation constitutionnelle de consultation et qu'ils violeraient leurs droits issus de traités. La société forestière a demandé par requête la radiation de ces moyens de défense. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les membres de la collectivité autochtone n'avaient pas qualité pour faire valoir des droits collectifs dans leur défense; seule la collectivité pouvait invoquer ces droits. Ils ont aussi décidé que cette contestation de la validité des permis constituait une attaque indirecte ou un abus de procédure, les membres de la collectivité n'ayant pas attaqué la validité de ces permis au moment de leur délivrance.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'obligation de consultation existe pour la protection des droits collectifs des peuples autochtones et elle est due au groupe autochtone qui en est titulaire. Un groupe autochtone peut autoriser un individu ou un organisme à le représenter en vue de faire valoir ses droits issus d'un traité, mais en l'espèce, il ne ressort pas des actes de procédure que la Première Nation a autorisé les membres de la collectivité à la représenter en vue de contester la validité des permis. En l'absence d'allégation d'une autorisation, les membres ne peuvent eux-mêmes invoquer un manquement à l'obligation de consultation.

Certains droits ancestraux ou issus de traités peuvent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels, et il se peut fort bien que, lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent les invoquer à titre individuel. En l'espèce, on pourrait soutenir qu'en raison de l'existence d'un lien entre les droits en cause et une région géographique spécifique du territoire

protection of the rights on their traditional family territory than do other members of the First Nation, and that this connection gives them a certain standing to raise the violation of their particular rights as a defence to the tort claim. However, a definitive pronouncement in this regard cannot be made in the circumstances of this case.

Raising a breach of the duty to consult and of treaty rights as a defence was an abuse of process in the circumstances of this case. Neither the First Nation nor the community members had made any attempt to legally challenge the licences when the Crown granted them. Had they done so, the logging company would not have been led to believe that it was free to plan and start its operations. Furthermore, by blocking access to the logging sites, the community members put the logging company in the position of having either to go to court or to forego harvesting timber after having incurred substantial costs. To allow the members to raise their defence based on treaty rights and on a breach of the duty to consult at this point would be tantamount to condoning self-help remedies and would bring the administration of justice into disrepute. It would also amount to a repudiation of the duty of mutual good faith that animates the discharge of the Crown's constitutional duty to consult First Nations.

Cases Cited

Referred to: *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Komoyue Heritage Society v. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Toronto (City) v.*

de la Première Nation, des membres de la collectivité possèdent, pour la protection de ces droits sur leur territoire familial traditionnel, un intérêt plus important que celui que peuvent détenir les autres membres de la Première Nation et que ce lien leur confère, dans une certaine mesure, qualité pour soulever la violation de leurs droits particuliers en défense à l'action en responsabilité délictuelle. Dans les circonstances de l'espèce, toutefois, la Cour doit s'abstenir de se prononcer de manière définitive sur cette question.

Le fait d'invoquer comme moyens de défense le manquement à l'obligation de consultation et la violation de droits issus de traités constituait, dans les circonstances de l'espèce, un abus de procédure. Ni la Première Nation ni les membres de la collectivité n'ont tenté, de quelque manière que ce soit, de contester en justice les permis au moment où la Couronne les a accordés. S'ils l'avaient fait, la société forestière n'aurait alors pas été amenée à croire qu'elle pouvait préparer et entreprendre ses opérations. En outre, en bloquant l'accès aux sites d'exploitation forestière, les membres de la collectivité n'ont laissé d'autre choix à la société forestière que de s'adresser aux tribunaux ou de renoncer à la possibilité de couper du bois après avoir engagé des frais considérables. Permettre aux membres à ce stade de soulever une défense fondée sur des droits issus d'un traité et sur un manquement à l'obligation de consultation équivaldrait à tolérer le recours à l'autoredressement et déconsidérerait l'administration de la justice. En outre, on ferait ainsi fi de l'obligation mutuelle de bonne foi qui sous-tend l'obligation constitutionnelle de la Couronne de consulter les Premières Nations.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Komoyue Heritage Society c. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Sappier*, 2006

C.U.P.E., Local 79, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, rev'd 2002 SCC 63, [2002] 3 S.C.R. 307; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5(1).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [rep.], r. 19(24).

Treaties and Agreements

Treaty No. 8 (1899).

Authors Cited

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich, 2009.
 Perell, Paul M. "A Survey of Abuse of Process", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 243.
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2012, release 5).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Frankel JJ.A.), 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35, 309 B.C.A.C. 15, 523 W.A.C. 15, [2011] 3 C.N.L.R. 271, 335 D.L.R. (4th) 330, [2011] B.C.J. No. 1271 (QL), 2011 CarswellBC 1693, affirming a decision of Hinkson J., 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132, [2010] B.C.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellBC 889. Appeal dismissed.

Robert J. M. Janes and Karey M. Brooks, for the appellants.

Charles F. Willms and Bridget Gilbride, for the respondent Moulton Contracting Ltd.

CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, inf. par 2002 CSC 63, [2002] 3 R.C.S. 307; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307.

Lois et règlements cités

Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règle 9-5(1).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [abr.], règle 19(24).

Traités et conventions

Traité n° 8 (1899).

Doctrine et autres documents cités

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich, 2009.
 Perell, Paul M. « A Survey of Abuse of Process », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 243.
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2012, release 5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Frankel), 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35, 309 B.C.A.C. 15, 523 W.A.C. 15, [2011] 3 C.N.L.R. 271, 335 D.L.R. (4th) 330, [2011] B.C.J. No. 1271 (QL), 2011 CarswellBC 1693, qui a confirmé une décision du juge Hinkson, 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132, [2010] B.C.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellBC 889. Pourvoi rejeté.

Robert J. M. Janes et Karey M. Brooks, pour les appelants.

Charles F. Willms et Bridget Gilbride, pour l'intimée Moulton Contracting Ltd.

Keith J. Phillips and Joel Oliphant, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

Brian McLaughlin, for the intervener the Attorney General of Canada.

Allisun Rana and Julie Tannahill, for the interveners Chief Liz Logan, on behalf of herself and all other members of the Fort Nelson First Nation and the said Fort Nelson First Nation.

John Hurley and François Dandonneau, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

Christopher G. Devlin and John W. Gailus, for the interveners Chief Sally Sam and the Maiyoo Keyoh Society.

John J. L. Hunter, Q.C., Mark S. Oulton and Stephanie McHugh, for the interveners the Council of Forest Industries and the Alberta Forest Products Association.

Jean Teillet and Nuri G. Frame, for the intervener the Moose Cree First Nation.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction — Overview

[1] This appeal raises issues of standing and abuse of process in the context of relations between members of an Aboriginal community, a logging company, and a provincial government. After the Crown had granted licences to a logging company to harvest timber in two areas on the territory of the Fort Nelson First Nation (“FNFN”) in British Columbia, a number of individuals from that First Nation erected a camp that, in effect, blocked the company’s access to the logging sites. The company brought a tort action against these members of the Aboriginal community, who argued in their defence that the licences were void because they had been

Keith J. Phillips et Joel Oliphant, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Brian McLaughlin, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Allisun Rana et Julie Tannahill, pour les intervenants Chef Liz Logan, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Fort Nelson et ladite Première Nation de Fort Nelson.

John Hurley et François Dandonneau, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

Christopher G. Devlin et John W. Gailus, pour les intervenantes Chef Sally Sam et la Société Maiyoo Keyoh.

John J. L. Hunter, c.r., Mark S. Oulton et Stephanie McHugh, pour les intervenants Council of Forest Industries et Alberta Forest Products Association.

Jean Teillet et Nuri G. Frame, pour l’intervenante la Première Nation Moose Cree.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction — Aperçu

[1] Le pourvoi soulève des questions concernant la qualité pour agir et l’abus de procédure dans le contexte des relations entre des membres d’une collectivité autochtone, une société forestière et un gouvernement provincial. Après que la Couronne eût accordé à une société forestière des permis pour récolter du bois dans deux secteurs du territoire de la Première Nation de Fort Nelson (« PNFN ») en Colombie-Britannique, des membres de cette Première Nation ont érigé un camp qui, de fait, empêchait la société forestière d’avoir accès aux sites d’exploitation forestière. La société forestière a intenté une action en responsabilité délictuelle

issued in breach of the constitutional duty to consult and because they violated the community members' treaty rights.

[2] The logging company filed a motion to strike these defences. The courts below held that the individual members of the Aboriginal community (the "Behns") did not have standing to assert collective rights in their defence; only the community could raise such rights. The courts below also concluded that such a challenge to the validity of the licences amounted to a collateral attack or an abuse of process, as the Behns had failed to challenge the validity of the licences when they were issued.

[3] The Court is asked to consider in this appeal whether an individual member or group of members of an Aboriginal community can raise a breach of Aboriginal and treaty rights as a defence to a tort action and, if so, in what circumstances. But, as this question of standing is not determinative for the purposes of this appeal, the Court must also decide whether the doctrine of abuse of process applies in this case.

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

II. Facts

[5] As this is an appeal from a decision on a motion to strike pleadings, the following facts are taken from the pleadings. The Behns are, with one exception, members of the FNFN, a "band" within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. The FNFN is a party to Treaty No. 8 of 1899, which covers an area comprising parts of Alberta, British Columbia, Saskatchewan and the Northwest Territories. The Behns allege that they have traditionally hunted and trapped on a part of the FNFN's territory that has historically been allocated to their family.

contre ces membres de la collectivité autochtone. Ceux-ci ont allégué en défense l'invalidité des permis parce qu'ils auraient été délivrés sans que soit respectée l'obligation constitutionnelle de consultation et qu'ils violeraient leurs droits issus de traités.

[2] La société forestière a demandé par requête la radiation de ces moyens de défense. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les membres de la collectivité autochtone (les « Behn ») n'avaient pas qualité pour faire valoir des droits collectifs en défense; seule la collectivité pouvait invoquer ces droits. Ils ont aussi décidé que cette contestation de la validité des permis constituait une attaque indirecte ou un abus de procédure, les appelants n'ayant pas attaqué la validité de ces permis au moment de leur délivrance.

[3] La Cour est appelée à examiner en l'espèce la question de savoir si un membre ou un groupe de membres d'une collectivité autochtone peuvent, comme moyen de défense à une action en responsabilité délictuelle, invoquer une violation de droits ancestraux et issus de traités et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances il leur est possible de le faire. Mais comme cette question de qualité pour agir n'est pas déterminante pour l'issue de ce pourvoi, la Cour doit aussi déterminer si la doctrine de l'abus de procédure trouve application en l'espèce.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[5] Comme il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'une décision relative à une requête en radiation, les faits suivants sont tirés des actes de procédure. Les Behn sont, à une exception près, tous membres de la PNFN, une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. La PNFN a adhéré au Traité n° 8 de 1899, qui concerne un territoire englobant des parties de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, et des Territoires du Nord-Ouest. Les Behn affirment avoir, dans le passé, chassé et piégé dans une partie du territoire de la PNFN historiquement attribuée à leur famille.

[6] Moulton Contracting Ltd. (“Moulton”) is a company incorporated pursuant to the laws of British Columbia. On June 27, 2006, the British Columbia Ministry of Forests (“MOF”) granted Moulton two timber sale licences and a road permit (the “Authorizations”) pursuant to the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. These Authorizations entitled Moulton to harvest timber on two parcels of land within the FNFN’s territory, both of which are within the Behn family trapline. The Behns stated in their Amended Statement of Defence that the FNFN manages its territory by allocating parts of it (called traplines) to specific families:

While the rights provided for in the Treaty # 8 extended throughout the tract described in the treaty, most of the aboriginal people comprising the Fort Nelson First Nation traditionally ordered themselves so that the rights to hunt and trap set out in Treaty 8 were exercised in tracts of land associated with different extended families. These extended families were headed by a headman. [A.R., at p. 89]

[7] Before granting the Authorizations, the MOF had contacted representatives of the FNFN and individual trappers, including George Behn, the headman of the Behn family, in developing and amending its forest development plan (“FDP”). The MOF contacted the FNFN in August 2004 and individual trappers, including Mr. Behn, in September 2004 to notify them that additional harvesting blocks were being proposed. The trappers it contacted were invited to advise it of any concerns they had or provide it with comments by October 20, 2004. MOF officials met a representative of the FNFN in November 2004 to discuss consultation on the proposed amendment to the FDP. The issue of funding to enable the FNFN to provide information to the MOF was discussed at that meeting. Funding was ultimately refused. On January 31, 2005, the MOF wrote to the FNFN to advise it that archaeological impact assessments would be conducted for certain areas proposed for harvesting in the amendment to the FDP. Two archaeological impact assessments were completed in August 2005, and copies of them were delivered to the FNFN. The MOF and the FNFN met again

[6] Moulton Contracting Ltd. (« Moulton ») est une société constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Le 27 juin 2006, le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique (« MDF ») a octroyé à Moulton deux permis de vente de bois et un permis autorisant la construction d’une route (les « autorisations ») en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157. Ces autorisations permettaient à Moulton de récolter du bois sur deux parcelles de terre se trouvant dans le territoire de la PNFN, et dans le territoire de piégeage de la famille Behn. Dans leur défense modifiée, les Behn affirment que, suivant le mode de gestion de son territoire, la PNFN en attribue des parties (appelées territoire de piégeage) à des familles en particulier :

[TRADUCTION] Bien que les droits accordés par le Traité n° 8 touchent l’ensemble du territoire décrit dans le traité, traditionnellement, la plupart des peuples autochtones constituant la Première Nation de Fort Nelson se sont organisés de façon à ce que les droits de chasse et de piégeage reconnus dans le Traité n° 8 s’exercent dans des parcelles de terre associées à différentes familles élargies, chacune ayant à sa tête un chef de famille. [d.a., p. 89]

[7] Avant d’accorder les autorisations, le MDF avait communiqué avec des représentants de la PNFN et avec des trappeurs, dont George Behn, le chef de la famille Behn, en vue d’élaborer et de modifier son plan d’aménagement forestier (« PAF »). Le MDF a communiqué avec la PNFN au mois d’août 2004 et, au mois de septembre de la même année, avec des trappeurs, dont M. Behn, pour les informer de son intention de créer de nouveaux blocs de récolte. Il a invité les trappeurs concernés à faire connaître leurs préoccupations ou à formuler leurs commentaires au plus tard le 20 octobre 2004. Des représentants du MDF ont rencontré un représentant de la PNFN au mois de novembre 2004 relativement à la tenue de consultations sur le projet de modification du PAF. Lors de cette rencontre, la question du financement dont aurait besoin la PNFN pour lui permettre de fournir des renseignements au MDF a été abordée. Mais finalement, le financement a été refusé. Le 31 janvier 2005, le MDF a écrit à la PNFN pour l’informer que des évaluations d’impacts archéologiques seraient effectuées dans certains secteurs où le PAF modifié prévoyait la récolte de bois. Deux rapports d’évaluation des

on September 21, 2005 to discuss the proposed amendment further.

[8] The MOF approved the amendment to the FDP. On June 2, 2006, it put the two timber sale licences relevant to this appeal up for sale. After granting the Authorizations to Moulton, the MOF wrote to George Behn on June 28, 2006, to advise him that Moulton had been awarded licences to harvest timber within his trapping area. In that letter, George Behn was advised to contact Moulton directly to confirm the date its harvesting operations were to commence. The MOF again wrote to Mr. Behn on July 17, 2006, to advise him that the operations would begin on August 1, 2006. On August 31, 2006, George Behn wrote to the MOF, requesting that the Authorizations granted to Moulton be cancelled and seeking consultation. No copy of this letter was sent to Moulton.

[9] Between September 19 and September 22, 2006, Moulton started moving its equipment to one of the two sites to which the Authorizations applied. On September 25, 2006, the MOF notified Moulton that there was a potential problem with George Behn. The MOF requested that Moulton move its operations to the second site. Moulton replied that it could not do so because it had commitments to a mill to deliver timber from the first site.

[10] In early October 2006, the Behns erected a camp on the access road leading to the parcels of land to which the Authorizations applied. The camp blocked access to the land where Moulton was authorized to harvest timber.

[11] On November 23, 2006, Moulton filed a statement of claim in the British Columbia Supreme Court against the Behns, Chief Logan on behalf of herself and the PNFN, and the Crown. Moulton claimed damages from the Behns for interference with contractual relations. In their statement of

impacts archéologiques ont été achevés au mois d'août 2005 et des exemplaires de ces rapports ont été remis à la PNFN. Une autre rencontre a eu lieu entre le MDF et la PNFN le 21 septembre 2005 pour poursuivre les discussions sur les modifications proposées au PAF.

[8] Le MDF a approuvé le PAF modifié. Le 2 juin 2006, le MDF a mis en vente les deux permis de vente de bois en cause dans le présent pourvoi. Après avoir octroyé des autorisations à Moulton, le MDF a écrit à George Behn le 28 juin 2006 pour l'informer que Moulton avait obtenu les permis de récolte de bois dans son territoire de piégeage. Dans cette lettre, on invitait George Behn à communiquer directement avec Moulton pour confirmer la date du début des activités d'exploitation. Le 17 juillet 2006, le MDF a envoyé à M. Behn une autre lettre pour lui faire savoir que les activités commenceraient le 1^{er} août 2006. Le 31 août 2006, George Behn a demandé par lettre au MDF d'annuler les autorisations accordées à Moulton et de procéder à des consultations. Toutefois, il n'a pas envoyé à Moulton une copie de cette lettre.

[9] Entre le 19 et le 22 septembre 2006, Moulton a commencé à acheminer son équipement sur l'un des deux sites visés par les autorisations. Le 25 septembre 2006, le MDF a informé Moulton que la situation risquait de se compliquer avec George Behn. Le MDF a alors demandé à Moulton de déménager ses équipements sur le deuxième site. Moulton a répondu qu'elle ne pouvait le faire parce qu'elle s'était engagée à fournir à une scierie du bois récolté sur le premier site.

[10] Au début d'octobre 2006, les Behn ont érigé un camp sur le chemin d'accès menant aux parcelles de terre visées par les autorisations. Le camp empêchait l'accès au territoire où Moulton était autorisée à récolter du bois.

[11] Le 23 novembre 2006, Moulton a introduit devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action contre les Behn, la chef Logan en son propre nom et au nom de la PNFN, et la Couronne. Moulton réclamait des Behn des dommages-intérêts pour entrave à des relations contractuelles. Dans leur

defence, the Behns denied that their conduct was unlawful. They alleged that the Authorizations were illegal for two reasons. First, the Crown had failed to fulfil its duty to consult in issuing the Authorizations. Second, the Authorizations infringed their hunting and trapping rights under Treaty No. 8.

[12] Moulton applied under Rule 19(24) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 [repealed] (now Rule 9-5(1), *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009), to have a number of paragraphs struck out of the Behns' statement of defence on the ground (1) that it was plain and obvious that they did not disclose a reasonable defence, or (2) that the relief being sought in them constituted an abuse of process. In substance, the paragraphs Moulton sought to have struck related to the Behns' allegations that the Authorizations were invalid because they had been issued in breach of the Crown's duty to consult and because they violated the Behns' treaty rights, and to their allegations that their acts were neither illegal nor tortious. The Crown supported Moulton's application and further submitted that the Behns lacked standing to raise a breach of the duty to consult or of treaty rights, as only the FNFN had such standing.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132*

[13] Hinkson J. held that the Behns lacked standing to raise the defences pertaining to the duty to consult and treaty rights. He stated that although Aboriginal and treaty rights are exercised by individuals, they are collective in nature. As a result, they are not possessed by nor do they reside with individuals. He mentioned that collective rights can be asserted by individuals only if the individuals are authorized to do so by the collective. Hinkson J. found that the FNFN had not authorized the Behns to assert these rights.

défense, les Behn ont allégué que leur conduite n'était pas illégale, ajoutant que les autorisations étaient elles-mêmes illégales pour deux raisons. D'abord, en accordant les autorisations, la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation. Ensuite, les autorisations auraient porté atteinte à leurs droits de chasse et de piégeage reconnus par le Traité n° 8.

[12] Conformément au par. 19(24) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 [abrogé] (devenu le par. 9-5(1), *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009), Moulton a demandé la radiation de plusieurs paragraphes de la défense des Behn au motif (1) qu'ils ne révélaient manifestement aucun moyen de défense raisonnable, ou (2) que les conclusions recherchées constituaient un abus de procédure. Pour l'essentiel, les paragraphes dont Moulton demandait la radiation avaient trait aux allégations des Behn suivant lesquelles les autorisations étaient invalides parce qu'elles avaient été délivrées sans que soit respectée l'obligation de consultation de la Couronne et qu'elles violaient leurs droits issus de traités, ainsi qu'aux allégations suivant lesquelles les Behn n'avaient posé aucun acte illégal ou de nature délictuelle. La Couronne a appuyé la demande de Moulton et a en outre fait valoir que seule la PNFN, et non les Behn, avait qualité pour invoquer un manquement à l'obligation de consultation ou la violation de droits issus de traités.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 506, [2010] 4 C.N.L.R. 132*

[13] Le juge Hinkson a conclu que les Behn n'avaient pas qualité pour invoquer en défense l'obligation de consultation et des droits issus de traités. Il a affirmé que les droits ancestraux et issus de traités, bien qu'ils soient exercés par des individus, sont des droits collectifs. Par conséquent, ils n'appartiennent pas à des individus ni ne s'attachent à eux. Il a ajouté que les individus ne peuvent faire valoir des droits collectifs que si la collectivité les y autorise, et il a conclu que la PNFN n'avait pas autorisé les Behn à faire valoir ces droits.

[14] Hinkson J. also held that the impugned paragraphs in which the Behns submitted that the Authorizations were invalid had to be struck out as an abuse of process under Rule 19(24) of the *Supreme Court Rules*. He reasoned that the Behns could not be permitted to introduce the subject matter of the invalidity of the Authorizations now in their statement of defence, as they should instead have applied for judicial review.

[15] It should be noted that the trial then proceeded from September to November 2011 in the British Columbia Supreme Court on the basis of the paragraphs that had survived the motion to strike. The trial judge has reserved his judgment until this Court disposes of this appeal.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35*

[16] Saunders J.A., writing for the Court of Appeal, agreed with Hinkson J. that the Behns lacked standing to assert that the duty to consult owed to the FNFN had not been met and that collective rights had been infringed by the issuance of the Authorizations. She said, at para. 39, that “an attack on a non-Aboriginal party’s rights, on the basis of treaty or constitutional propositions, requires authorization by the collective in whom the treaty and constitutional rights inhere”. In this case, the Behns had received no such authorization by the FNFN. Saunders J.A. was careful to point out that she was not suggesting that collective rights could never provide a defence to individual members of an Aboriginal community.

[17] Saunders J.A. also concluded that the defences raised by the Behns constituted an impermissible collateral attack upon the Authorizations granted to Moulton. She added that this conclusion was not incompatible with the proper administration of justice, since the FNFN, as a collective, had the capacity to challenge the Authorizations through

[14] Le juge Hinkson a également conclu que les paragraphes contestés, par lesquels les Behn plaidaient l’invalidité des autorisations, devaient être radiés pour cause d’abus de procédure en application du par. 19(24) des *Supreme Court Rules*. Selon le juge Hinkson, on ne saurait permettre aux Behn de soulever dans leur défense la question de l’invalidité des autorisations, alors qu’ils auraient dû plutôt présenter une demande de contrôle judiciaire.

[15] Il convient de signaler que de septembre à novembre 2011, le procès a suivi son cours devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur la base des paragraphes non radiés dans la défense. Le juge de première instance a mis l’affaire en délibéré en attendant que la Cour se prononce sur le présent pourvoi.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 311, 20 B.C.L.R. (5th) 35*

[16] S’exprimant au nom de la Cour d’appel, la juge Saunders a souscrit à l’opinion du juge Hinkson selon laquelle les Behn n’avaient pas qualité pour invoquer un manquement à l’obligation de consultation de la Couronne envers la PNFN et pour faire valoir que la délivrance des autorisations avait porté atteinte à des droits collectifs. La juge Saunders écrit, au par. 39, que [TRADUCTION] « pour attaquer les droits que possède une partie non autochtone sur le fondement d’arguments s’appuyant sur des traités ou sur la Constitution, il faut en avoir obtenu l’autorisation de la collectivité investie des droits constitutionnels et issus de traités en question ». En l’espèce, les Behn n’avaient pas obtenu cette autorisation de la PNFN. La juge Saunders a pris soin de souligner qu’elle ne voulait pas donner à penser que des droits collectifs ne pouvaient jamais être invoqués comme moyen de défense par un membre d’une collectivité autochtone.

[17] La juge Saunders a également conclu que les moyens de défense soulevés par les Behn constituaient une attaque indirecte prohibée contre les autorisations accordées à Moulton. Elle a ajouté que cette conclusion n’était pas inconciliable avec la bonne administration de la justice puisque la PNFN, en tant que collectivité, avait qualité pour contester les autorisations par divers

a number of legal avenues. She therefore upheld Hinkson J.'s conclusion that the impugned defences constituted an abuse of process.

IV. Analysis

A. *Issues*

[18] Three issues must be addressed in this appeal. First, can the Behns, as individual members of an Aboriginal community, assert a breach of the duty to consult? This issue raises the question to whom the Crown owes a duty to consult. Second, can treaty rights be invoked by individual members of an Aboriginal community? These two issues relate to standing.

[19] The third issue relates to abuse of process. Does it amount to an abuse of process for the Behns to challenge the validity of the Authorizations now that they are being sued by Moulton after having failed to take legal action when the Authorizations were first issued even though they objected to their validity at the time?

B. *Positions of the Parties*

(1) Behns

[20] The Behns submit that the Court of Appeal erred in holding that they lacked standing to assert defences based on treaty rights and that challenging the validity of the Authorizations constituted an impermissible collateral attack. The Behns contend that the principles related to standing apply to the assertion of a claim, not of a defence. As a result, they do not apply in this case, since the Behns are simply defending against an action. In the alternative, the Behns assert that they have standing because, as members of the FNFN, they have a substantial and direct interest in their rights under Treaty No. 8.

[21] On the collateral attack issue, the Behns argue, relying on *Garland v. Consumers' Gas Co.*,

moyens juridiques. Elle a donc maintenu la conclusion du juge Hinkson selon laquelle les moyens de défense en cause constituaient un abus de procédure.

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[18] Le pourvoi soulève trois questions. Il faut en premier lieu déterminer si les Behn, en tant que membres individuels d'une collectivité autochtone, peuvent invoquer un manquement à l'obligation de consultation. Cette question soulève celle de savoir à qui est due l'obligation de consultation de la Couronne. En deuxième lieu, il s'agit de déterminer si les membres individuels d'une collectivité autochtone peuvent invoquer des droits issus de traités. Ces deux questions ont trait à la qualité pour agir.

[19] La troisième question porte sur l'abus de procédure. Les Behn ont-ils commis un abus de procédure en attaquant la validité des autorisations, maintenant qu'ils sont poursuivis par Moulton, alors qu'ils n'ont exercé aucun recours après la délivrance de ces autorisations qu'ils estimaient invalides?

B. *Positions des parties*

(1) Les Behn

[20] Les Behn soutiennent que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'ils n'avaient pas qualité pour invoquer en défense des droits issus de traités et que la contestation de la validité des autorisations constituait une attaque indirecte prohibée. Ils font valoir que les principes relatifs à la qualité pour agir ont trait à la présentation d'une demande et ne constituent pas un moyen de défense. Ils ne s'appliquent donc pas en l'espèce étant donné que les Behn ne font que répondre à une action. Subsidièrement, les Behn plaident qu'ils ont qualité pour agir parce que, en tant que membres de la PNFN, ils ont un intérêt important et direct dans les droits que confère le Traité n° 8.

[21] À propos de la question de l'attaque indirecte, les Behn font valoir, en s'appuyant sur *Garland*

2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, that the defences they assert do not constitute a collateral attack, since they are not parties to the Authorizations. Alternatively, they submit that, if the impugned paragraphs do constitute a collateral attack, the attack is permissible, because the legislature did not intend that any attempt to question the lawfulness of the Authorizations could be made only by applying for judicial review.

[22] Finally, the Behns submit that the principle of the rule of law will be violated if they cannot assert their defences. They contend that whether their conduct was lawful cannot be determined without also addressing the lawfulness of the Authorizations.

(2) Moulton

[23] Moulton responds that the Behns have no standing to raise a defence based on Aboriginal or treaty rights, because only the FNFN, as the collective, can assert a claim that these rights have been infringed. Moulton also contends that the Crown's duty to consult is owed to the collective, not to individual members of the collective. Responding to the Behns' submission that they have standing because they are only seeking the dismissal of the action, Moulton submits that they are relying on an affirmative defence that requires an order declaring the Authorizations to be invalid. Moulton adds that the activity for which the Behns are now being sued — erecting and participating in a blockade — is not a right protected under Treaty No. 8. Finally, since the Behns could have challenged the legality of the Authorizations by applying for judicial review when they were issued, Moulton submits that it amounts to a collateral attack for the Behns to challenge their validity now as a defence to a tort claim.

(3) Crown

[24] According to the Crown, the collective nature of Aboriginal and treaty rights means that claims in relation to such rights must be brought by, or on behalf of, the Aboriginal community. Although the Crown recognizes the Behns' interest in their

c. Consumers' Gas Co., 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, que les moyens de défense qu'ils mettent de l'avant ne constituent pas une attaque indirecte étant donné qu'ils ne sont pas parties aux autorisations. Subsidièrement, ils plaident que si les paragraphes contestés attaquent indirectement la validité des autorisations, cette attaque est permise puisque le législateur n'a pas voulu que la demande de contrôle judiciaire constitue le seul moyen de contester la légalité des autorisations.

[22] Enfin, les Behn plaident qu'en les empêchant d'invoquer leurs moyens de défense, on portera atteinte au principe de la primauté du droit. Ils soutiennent qu'on ne peut déterminer la légalité de leur conduite sans se prononcer sur la validité des autorisations.

(2) Moulton

[23] Moulton répond que les Behn n'ont pas qualité pour invoquer en défense des droits ancestraux ou issus de traités parce que seule la PNFN, en tant que collectivité, peut faire valoir que ces droits ont été violés. Moulton soutient en outre que l'obligation de consultation de la Couronne est due à la collectivité et non à ses membres individuels. En réponse à l'argument des Behn voulant qu'ils aient qualité pour agir parce qu'ils s'en tiennent à demander le rejet de l'action, Moulton plaide qu'ils invoquent un moyen de défense affirmatif qui exige une déclaration d'invalidité des autorisations. Moulton ajoute que les gestes des Behn à l'origine de la poursuite intentée contre eux — l'érection d'un barrage et la participation à un barrage — ne constituent pas des droits protégés par le Traité n° 8. Enfin, selon Moulton, puisque les Behn auraient pu contester la validité des autorisations au moment de leur délivrance, en présentant une demande de contrôle judiciaire, le fait de contester la validité de ces autorisations en défense à une action délictuelle constitue une attaque indirecte.

(3) La Couronne

[24] Selon la Couronne, en raison de la nature collective des droits ancestraux et issus de traités, les recours relatifs à ces droits doivent être présentés par une collectivité autochtone ou en son nom. Bien que la Couronne reconnaisse l'intérêt des

treaty rights, it submits that their position on this issue disregards two factors: (1) the issue arising in the litigation concerns a defence to a claim related to a blockade, not to the exercise of hunting or trapping rights; and (2) the FNFN is named as a party to the proceedings and therefore represents the community in them. The Crown further submits that having a substantial and direct interest in a treaty right does not entitle an individual to bring a treaty rights claim or defence.

[25] On whether the impugned paragraphs constitute an impermissible collateral attack, the Crown submits that the question is whether the claimant is content to let the government's decision stand. In the instant case, the impugned defences raise an unequivocal challenge to the validity and legal force of the Authorizations. Furthermore, the Crown submits that the Behns could have challenged the validity of the Authorizations by applying for judicial review instead of blockading a road.

C. *Standing*

(1) Duty to Consult

[26] In defence to Moulton's claim, as I mentioned above, the Behns argue, *inter alia*, that their conduct was not illegal, because the Crown had issued the Authorizations in breach of the duty to consult and the Authorizations were therefore invalid. The question that arises with respect to this particular defence is whether the Behns can assert the duty to consult on their own in the first place.

[27] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, this Court confirmed that the Crown has a duty to consult Aboriginal peoples and explained the scope of application of that duty in respect of Aboriginal rights, stating that "consultation and accommodation before final claims resolution, while challenging, is not impossible, and indeed

Behn dans leurs droits issus de traités, elle plaide que la position de ces derniers à cet égard néglige deux facteurs : (1) la question en litige concerne un moyen de défense soulevé à l'encontre d'une poursuite relative à un barrage et non l'exercice de droits de chasse et de piégeage, et (2) la PNFN est désignée comme partie aux procédures et y représente donc la collectivité. La Couronne plaide de plus que le fait de posséder un intérêt important et direct dans un droit issu d'un traité n'autorise pas un individu à intenter un recours fondé sur l'existence de ce droit ou à l'invoquer en défense.

[25] Au sujet de la question de déterminer si les paragraphes contestés constituent une attaque indirecte prohibée, la Couronne soutient qu'il faut se demander s'il s'agit d'un cas où une partie ne s'oppose pas à ce que la décision gouvernementale continue de s'appliquer. En l'espèce, les moyens de défense attaqués contestent clairement la validité et la force exécutoire des autorisations. La Couronne ajoute que les Behn auraient pu contester la validité des autorisations par une demande de contrôle judiciaire plutôt qu'en bloquant une route.

C. *Qualité pour agir*

(1) Obligation de consultation

[26] Comme je l'ai déjà mentionné, en défense à l'action intentée contre eux par Moulton, les Behn soutiennent notamment que leur conduite n'était pas illégale parce que la Couronne avait délivré les autorisations sans respecter son obligation de consultation, et que les autorisations étaient par conséquent invalides. Pour disposer de ce moyen de défense, il faut tout d'abord décider si les Behn peuvent eux-mêmes invoquer l'obligation de consultation.

[27] Dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, notre Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et a expliqué les paramètres de l'exécution de cette obligation en ce qui touche les droits des Autochtones. La Cour a estimé que « bien que le respect des obligations de consultation et

is an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 [of the *Constitution Act, 1982*] demands”: para. 38. In *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, the Court held that the duty to consult applies in the context of treaty rights: paras. 32-34. The Crown cannot in a treaty contract out of its duty to consult Aboriginal peoples, as this duty “applies independently of the expressed or implied intention of the parties”: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 61.

[28] The duty to consult is both a legal and a constitutional duty: *Haida Nation*, at para. 10; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6; see also J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 5-38. This duty is grounded in the honour of the Crown: *Haida Nation*, *Beckman*, at para. 38, *Kapp*, at para. 6. As Binnie J. said in *Beckman*, at para. 44, “[t]he concept of the duty to consult is a valuable adjunct to the honour of the Crown, but it plays a supporting role, and should not be viewed independently from its purpose.” The duty to consult is part of the process for achieving “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186, quoting *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31; *Haida Nation*, at para. 17; see also D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009).

[29] The duty to consult is triggered “when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it”: *Haida Nation*, at para. 35. The content of the duty varies depending on the context, as it lies on a spectrum of different actions to be taken by the Crown: *Haida Nation*, at para. 43. An important

d’accommodement avant le règlement définitif d’une revendication ne soit pas sans poser de problèmes, de telles mesures ne sont toutefois pas impossibles et constituent même un aspect essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l’art. 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] » : para. 38. Dans *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, la Cour a reconnu que l’obligation de consulter s’applique dans le contexte des droits issus de traités : para. 32-34. La Couronne ne peut se soustraire par traité à l’obligation de consulter les peuples autochtones puisque cette obligation « s’applique indépendamment de l’intention expresse ou implicite des parties » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 61.

[28] L’obligation de consultation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel : *Nation haïda*, par. 10; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6; voir également J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 5-38. Cette obligation a ses racines dans le principe de l’honneur de la Couronne : *Nation haïda*, *Beckman*, par. 38, *Kapp*, par. 6. Comme le juge Binnie l’a indiqué dans l’arrêt *Beckman*, au par. 44, « [s]i la notion d’obligation de consulter se veut un complément valable à l’honneur de la Couronne, elle joue un rôle de soutien et ne devrait pas être considérée indépendamment de l’objectif qu’elle vise à atteindre. » L’obligation de consultation s’inscrit dans le processus visant à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186, citant *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31; *Nation haïda*, par. 17; voir également D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009).

[29] L’obligation de consultation entre en jeu « lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » : *Nation haïda*, par. 35. Le contenu de l’obligation varie selon le contexte; différents actes peuvent devoir être accomplis par la Couronne à

component of the duty to consult is a requirement that good faith be shown by both the Crown and the Aboriginal people in question: *Haida Nation*, at para. 42. Both parties must take a reasonable and fair approach in their dealings. The duty does not require that an agreement be reached, nor does it give Aboriginal peoples a veto: *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at paras. 2 and 22; *Haida Nation*, at para. 48.

[30] The duty to consult exists to protect the collective rights of Aboriginal peoples. For this reason, it is owed to the Aboriginal group that holds the s. 35 rights, which are collective in nature: *Beckman*, at para. 35; Woodward, at p. 5-55. But an Aboriginal group can authorize an individual or an organization to represent it for the purpose of asserting its s. 35 rights: see, e.g., *Komoyue Heritage Society v. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236.

[31] In this appeal, it does not appear from the pleadings that the FNFN authorized George Behn or any other person to represent it for the purpose of contesting the legality of the Authorizations. I note, though, that it is alleged in the pleadings of other parties before this Court that the FNFN had implicitly authorized the Behns to represent it. As a matter of fact, the FNFN was a party in the proceedings in the courts below, because Moulton was arguing that it had combined or conspired with others to block access to Moulton's logging sites. The FNFN is also an intervener in this Court. But, given the absence of an allegation of an authorization from the FNFN, in the circumstances of this case, the Behns cannot assert a breach of the duty to consult on their own, as that duty is owed to the Aboriginal community, the FNFN. Even if it were assumed that such a claim by individuals is possible, the allegations in the pleadings provide no basis for one in the context of this appeal.

l'intérieur d'un « continuum » : *Nation haïda*, par. 43. La bonne foi qui doit animer tant la Couronne que les groupes autochtones constitue un élément important de l'obligation de consulter : *Nation haïda*, par. 42. Les deux parties doivent agir de façon équitable et raisonnable dans leurs rapports. Il n'est pas essentiel que les parties parviennent à une entente, et l'existence de l'obligation de consultation ne donne pas un droit de veto aux groupes autochtones : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 2 et 22; *Nation haïda*, par. 48.

[30] L'obligation de consultation existe pour la protection des droits collectifs des peuples autochtones. C'est pourquoi elle est due au groupe autochtone titulaire des droits protégés par l'art. 35, qui sont par nature des droits collectifs : *Beckman*, par. 35; Woodward, p. 5-55. Un groupe autochtone peut toutefois autoriser un individu ou un organisme à le représenter en vue de faire valoir ses droits garantis par l'art. 35 : voir, p. ex., *Komoyue Heritage Society c. British Columbia (Attorney General)*, 2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236.

[31] Dans le présent pourvoi, il ne ressort pas des actes de procédure que la PNFN a autorisé George Behn ou une autre personne à la représenter en vue de contester la validité des autorisations. Je fais cependant remarquer que des intervenants ont allégué dans leurs actes de procédure devant notre Cour que la PNFN avait accordé aux Behn une autorisation implicite de la représenter. En fait, la PNFN était partie aux procédures devant les tribunaux d'instance inférieure parce que Moulton alléguait que la PNFN avait comploté ou s'était coalisée avec d'autres en vue de bloquer l'accès aux sites d'exploitation forestière. La PNFN agit également en qualité d'intervenante devant notre Cour. Mais en l'absence d'allégation d'une autorisation accordée par la PNFN, dans les circonstances de l'espèce, les Behn ne peuvent eux-mêmes invoquer un manquement à l'obligation de consultation puisque cette obligation est due à la collectivité autochtone, soit la PNFN. Même si l'on suppose que des particuliers pourraient invoquer un manquement de la sorte, les faits allégués dans les actes de procédure ne permettent pas de l'invoquer dans le contexte du présent pourvoi.

(2) Aboriginal or Treaty Rights

[32] The Behns also challenge the legality of the Authorizations on the basis that they breach their rights to hunt and trap under Treaty No. 8. This is an important issue, but a definitive pronouncement in this regard cannot be made in the circumstances of this case. I would caution against doing so at this stage of the proceedings and of the development of the law.

[33] The Crown argues that claims in relation to treaty rights must be brought by, or on behalf of, the Aboriginal community. This general proposition is too narrow. It is true that Aboriginal and treaty rights are collective in nature: see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1112; *Delgamuukw*, at para. 115; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 36; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at paras. 17 and 37; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 31; *Beckman*, at para. 35. However, certain rights, despite being held by the Aboriginal community, are nonetheless exercised by individual members or assigned to them. These rights may therefore have both collective and individual aspects. Individual members of a community may have a vested interest in the protection of these rights. It may well be that, in appropriate circumstances, individual members can assert certain Aboriginal or treaty rights, as some of the interveners have proposed.

[34] Some interesting suggestions have been made in respect of the classification of Aboriginal and treaty rights. For example, the interveners Grand Council of the Crees and Cree Regional Authority propose in their factum, at para. 14, that a distinction be made between three types of Aboriginal and treaty rights: (a) rights that are exclusively collective; (b) rights that are mixed; and (c) rights that are predominantly individual. These interveners also attempt to classify a variety of rights on the basis of these three categories.

(2) Droits ancestraux ou issus de traités

[32] Les Behn contestent en outre la validité des autorisations au motif qu'elles portent atteinte aux droits de chasser et de piéger que leur confère le Traité n° 8. Il s'agit d'une question importante, mais le contexte de la présente affaire ne permet pas à la Cour de la trancher de façon définitive. Je tiens à rappeler que la Cour doit s'abstenir de se prononcer de manière définitive sur cette question à ce stade de l'instance et de l'évolution du droit.

[33] La Couronne soutient que les demandes fondées sur des droits issus de traités doivent être présentées par la collectivité autochtone ou en son nom. Cette proposition générale est trop restrictive. Il est vrai que les droits ancestraux et issus de traités sont, de par leur nature, des droits collectifs : voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112; *Delgamuukw*, par. 115; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 36; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 17 et 37; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 31; *Beckman*, par. 35. Toutefois, certains droits, bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, sont néanmoins exercés par des membres à titre individuel ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels. Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits. Comme certains intervenants l'ont fait valoir, il se peut fort bien que, lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent être en mesure d'invoquer à titre individuel certains droits ancestraux ou issus de traités.

[34] Des suggestions intéressantes ont été faites à propos de la catégorisation des droits ancestraux et issus de traités. Par exemple, les intervenants le Grand Conseil des Cris et l'Administration régionale crie en font état dans leur mémoire, au par. 14. Ils y proposent de distinguer trois types de droits ancestraux et issus de traités : a) les droits exclusivement collectifs, b) les droits mixtes et c) les droits essentiellement individuels. Ces intervenants ont également cherché à classer divers droits dans ces trois catégories.

[35] These suggestions bear witness to the diversity of Aboriginal and treaty rights. But I would not, on the occasion of this appeal and at this stage of the development of the law, try to develop broad categories for these rights and to slot each right in the appropriate one. It will suffice to acknowledge that, despite the critical importance of the collective aspect of Aboriginal and treaty rights, rights may sometimes be assigned to or exercised by individual members of Aboriginal communities, and entitlements may sometimes be created in their favour. In a broad sense, it could be said that these rights might belong to them or that they have an individual aspect regardless of their collective nature. Nothing more need be said at this time.

[36] In this appeal, the Behns assert in their defence that the Authorizations are illegal because they breach their treaty rights to hunt and trap. They recognize that these rights have traditionally been held by the FNFN, which is a party to Treaty No. 8. But they also allege that specific tracts of land have traditionally been assigned to and associated with particular family groups. They assert in their pleadings that the Authorizations granted to Moulton are for logging in specific areas within the territory traditionally assigned to the Behns, where they have exercised their rights to hunt and trap. On the basis of an allegation of a connection between their rights to hunt and trap and a specific geographic location within the FNFN territory, the Behns assert that they have a greater interest in the protection of hunting and trapping rights on their traditional family territory than do other members of the FNFN. It might be argued that this connection gives them a certain standing to raise the violation of their particular rights as a defence to Moulton's tort claim. But a final decision on this issue of standing is not necessary in this appeal, because another issue will be determinative, that of abuse of process.

[35] Ces suggestions témoignent de la diversité des droits ancestraux et issus de traités, mais j'éviterai, dans ce pourvoi, à ce stade de l'évolution du droit, de procéder à une catégorisation générale de ces droits et de tenter de tous les faire entrer dans la catégorie appropriée. Il suffit de reconnaître qu'en dépit de l'importance cruciale que revêt l'aspect collectif des droits ancestraux et issus de traités, des droits peuvent parfois être attribués à des membres des collectivités autochtones ou exercés par eux sur une base individuelle, ou encore être créés en leur faveur. On pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective. Il ne convient pas d'en dire davantage pour l'instant.

[36] Dans le présent pourvoi, les Behn plaident en défense l'illégalité des autorisations parce qu'elles porteraient atteinte à leurs droits de chasse et de piégeage issus d'un traité. Ils reconnaissent que dans le passé, la PNFN, qui a adhéré au Traité n° 8, a détenu ces droits. Mais ils prétendent aussi que, suivant la tradition, certaines parcelles de terres ont été attribuées et associées à certains groupes familiaux. Ils font valoir dans leurs actes de procédure que les autorisations accordées à Moulton lui permettent de couper du bois dans des secteurs précis du territoire qui leur est traditionnellement attribué et où ils ont exercé leurs droits de chasse et de piégeage. Parce qu'ils allèguent l'existence d'un lien entre leurs droits de chasse et de piégeage et une région géographique spécifique du territoire de la PNFN, les Behn affirment posséder, pour la protection de ces droits sur leur territoire familial traditionnel, un intérêt plus important que celui que peuvent détenir les autres membres de la PNFN. On pourrait alors soutenir que ce lien confère aux Behn, dans une certaine mesure, qualité pour soulever la violation de leurs droits particuliers en défense à l'action en responsabilité délictuelle intentée par Moulton. Il n'est toutefois pas nécessaire en l'espèce de trancher de manière définitive cette question de la qualité pour agir parce qu'une autre question, celle de l'abus de procédure, est déterminante.

D. Abuse of Process

[37] The key issue in this appeal is whether the Behns' acts constitute an abuse of process. In my opinion, in the circumstances of this case, raising a breach of the duty to consult and of treaty rights as a defence was an abuse of process. If the Behns were of the view that they had standing, themselves or through the FNFN, they should have raised the issue at the appropriate time. Neither the Behns nor the FNFN had made any attempt to legally challenge the Authorizations when the British Columbia government granted them. It is common ground that the Behns did not apply for judicial review, ask for an injunction or seek any other form of judicial relief against the province or against Moulton. Nor did the FNFN make any such move.

[38] Had the Behns acted when the Authorizations were granted, clause 9.00 of the timber sale agreements provided that the Timber Sales Manager had the power to suspend the Authorizations until the legal issues were resolved: trial judgment, at para. 16. Moulton would not then have been led to believe that it was free to plan and start its logging operations. Moreover, legal issues like standing could have been addressed at the proper time and in the appropriate context.

[39] In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, Arbour J. wrote for the majority of this Court that the doctrine of abuse of process has its roots in a judge's inherent and residual discretion to prevent abuse of the court's process: para. 35; see also P. M. Perell, "A Survey of Abuse of Process", in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2007* (2007), 243. Abuse of process was described in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, as the bringing of proceedings that are "unfair to the point that they are contrary to the interest of justice", and in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659,

D. Abus de procédure

[37] En effet, le pourvoi soulève la question clé de savoir si les gestes posés par les Behn constituent un abus de procédure. J'estime que, dans les circonstances de l'espèce, le fait d'invoquer comme moyens de défense le manquement à l'obligation de consultation et la violation de droits issus de traités constituait un abus de procédure. Si les Behn estimaient avoir qualité pour agir, eux-mêmes ou par l'entremise de la PNFN, ils auraient dû soulever la question au moment opportun. Ni les Behn ni la PNFN n'ont tenté, de quelque manière que ce soit, de contester en justice les autorisations au moment où le gouvernement de la Colombie-Britannique les a accordées. Nul ne conteste que les Behn n'ont pas demandé un contrôle judiciaire, n'ont pas réclamé d'injonction, ni sollicité devant les tribunaux quelque autre forme de redressement à l'encontre de la province ou de Moulton. La PNFN n'a pris aucune initiative non plus.

[38] Si les Behn avaient agi au moment où les autorisations ont été accordées, la clause 9.00 des ententes de vente forestière prévoyait que le directeur des ventes forestières pouvait suspendre les autorisations jusqu'à ce que les questions juridiques soient résolues : décision de première instance, par. 16. Moulton n'aurait alors pas été amenée à croire qu'elle pouvait préparer et entreprendre ses opérations forestières. En outre, les questions de droit comme la qualité pour agir auraient pu être examinées au moment opportun et dans le contexte approprié.

[39] Dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, la juge Arbour a exposé au nom de la majorité que la doctrine de l'abus de procédure émane du pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent que possèdent les juges d'empêcher que les procédures du tribunal soient utilisées abusivement : par. 35; voir également P. M. Perell, « A Survey of Abuse of Process », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2007* (2007), 243. La notion d'abus de procédure a été décrite dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616, comme consistant en des procédures « injustes au point qu'elles

at p. 1667, as “oppressive treatment”. In addition to proceedings that are oppressive or vexatious and that violate the principles of justice, McLachlin J. (as she then was) said in her dissent in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007, that the doctrine of abuse of process evokes the “public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice”. Arbour J. observed in *C.U.P.E.* that the doctrine is not limited to criminal law, but applies in a variety of legal contexts: para. 36.

[40] The doctrine of abuse of process is characterized by its flexibility. Unlike the concepts of *res judicata* and issue estoppel, abuse of process is unencumbered by specific requirements. In *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), Goudge J.A., who was dissenting, but whose reasons this Court subsequently approved (2002 SCC 63, [2002] 3 S.C.R. 307), stated at paras. 55-56 that the doctrine of abuse of process

engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 [(C.A.)], at p. 358

One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined. See *Solomon v. Smith*, *supra*. It is on that basis that Nordheimer J. found that this third party claim ought to be terminated as an abuse of process. [Emphasis added.]

[41] As can be seen from the case law, the administration of justice and fairness are at the heart of the doctrine of abuse of process. In *Canam Enterprises* and in *C.U.P.E.*, the doctrine was used

sont contraires à l’intérêt de la justice », et dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667, comme consistant en un « traitement [. . .] oppressif ». En plus de mentionner des procédures oppressives ou vexatoires qui violent les principes fondamentaux de la justice, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a précisé dans des motifs dissidents dans *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007, que la doctrine de l’abus de procédure fait appel à « l’intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice ». De plus, la juge Arbour a fait observer dans *S.C.F.P.* que la doctrine ne se limite pas au droit criminel, mais s’applique dans des contextes juridiques divers : par. 36.

[40] La doctrine de l’abus de procédure se caractérise par sa souplesse. Contrairement aux notions de chose jugée et de préclusion découlant d’une question déjà tranchée, la doctrine de l’abus de procédure ne s’encombre pas d’exigences particulières. Dans *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), le juge Goudge, dans des motifs dissidents approuvés par la suite par notre Cour (2002 CSC 63, [2002] 3 R.C.S. 307), a indiqué aux par. 55-56 que la doctrine de l’abus de procédure

[TRADUCTION] met en jeu le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait d’une autre façon pour effet de discréditer l’administration de la justice. Cette doctrine souple ne s’encombre pas d’exigences particulières telles que la notion d’irrecevabilité. Voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 [(C.A.)], p. 358

La doctrine de l’abus de procédure a notamment été appliquée lorsque le tribunal s’est dit convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu’il a déjà tranchée. Voir *Solomon c. Smith*, précité. C’est en se fondant sur l’abus de procédure que le juge Nordheimer a décidé de mettre un terme à cette demande de mise en cause. [Je souligne.]

[41] Comme il ressort de la jurisprudence, l’administration de la justice et la notion d’équité se trouvent au cœur de la doctrine de l’abus de procédure. Dans les arrêts *Canam Enterprises* et *S.C.F.P.*, cette

to preclude relitigation of an issue in circumstances in which the requirements for issue estoppel were not met. But it is not limited to preventing relitigation. For example, in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, the Court held that an unreasonable delay that causes serious prejudice could amount to an abuse of process: paras. 101-21. The doctrine of abuse of process is flexible, and it exists to ensure that the administration of justice is not brought into disrepute.

[42] In my opinion, the Behns' acts amount to an abuse of process. The Behns clearly objected to the validity of the Authorizations on the grounds that the Authorizations infringed their treaty rights and that the Crown had breached its duty to consult. On the face of the record, whereas they now claim to have standing to raise these issues, the Behns did not seek to resolve the issue of standing, nor did they contest the validity of the Authorizations by legal means when they were issued. They did not raise their concerns with Moulton after the Authorizations were issued. Instead, without any warning, they set up a camp that blocked access to the logging sites assigned to Moulton. By doing so, the Behns put Moulton in the position of having either to go to court or to forgo harvesting timber pursuant to the Authorizations it had received after having incurred substantial costs to start its operations. To allow the Behns to raise their defence based on treaty rights and on a breach of the duty to consult at this point would be tantamount to condoning self-help remedies and would bring the administration of justice into disrepute. It would also amount to a repudiation of the duty of mutual good faith that animates the discharge of the Crown's constitutional duty to consult First Nations. The doctrine of abuse of process applies, and the appellants cannot raise a breach of their treaty rights and of the duty to consult as a defence.

doctrine a été appliquée pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'étaient pas respectées. Toutefois, l'application de la doctrine ne se limite pas à empêcher la réouverture d'un litige. À titre d'exemple, dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, la Cour a conclu qu'un délai déraisonnable causant un préjudice grave pouvait constituer un abus de procédure : par. 101-121. La doctrine de l'abus de procédure est souple et permet d'éviter que l'administration de la justice soit déconsidérée.

[42] Les gestes posés par les Behn constituent selon moi un abus de procédure. Les Behn ont clairement contesté la validité des autorisations aux motifs qu'elles portaient atteinte à leurs droits issus de traités et que la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consultation. Au vu du dossier, bien qu'ils prétendent aujourd'hui avoir qualité pour soulever ces questions, les Behn n'ont pas cherché à résoudre la question de la qualité pour agir ni contesté devant les tribunaux la validité des autorisations lorsque celles-ci ont été accordées. Ils n'ont pas fait part de leurs préoccupations à Moulton après la délivrance des autorisations. Ils ont plutôt, sans aucun avertissement, érigé un camp qui bloquait l'accès aux sites d'exploitation forestière attribués à Moulton. Ce faisant, les Behn n'ont laissé d'autre choix à Moulton que de s'adresser aux tribunaux ou de renoncer à la possibilité de couper du bois, comme le lui permettaient les autorisations qu'elle avait obtenues, après avoir engagé des frais considérables pour entreprendre ses travaux. Permettre aux Behn, à ce stade, de soulever une défense fondée sur leurs droits issus d'un traité et sur un manquement à l'obligation de consultation équivaldrait à tolérer le recours à l'autoredressement et déconsidérerait l'administration de la justice. En outre, on ferait ainsi fi de l'obligation mutuelle de bonne foi qui sous-tend l'obligation constitutionnelle de la Couronne de consulter les Premières Nations. La doctrine de l'abus de procédure s'applique, et les appelants ne peuvent invoquer en défense l'atteinte aux droits issus de traités et le manquement à l'obligation de consultation.

V. Conclusion

[43] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondent Moulton.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent Moulton Contracting Ltd.: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the interveners Chief Liz Logan, on behalf of herself and all other members of the Fort Nelson First Nation and the said Fort Nelson First Nation: Rana Law, Calgary.

Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitors for the interveners Chief Sally Sam and the Maiyoo Keyoh Society: Devlin Gailus, Victoria.

Solicitors for the interveners the Council of Forest Industries and the Alberta Forest Products Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Moose Cree First Nation: Pape Salter Teillet, Toronto.

V. Conclusion

[43] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée Moulton.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Moulton Contracting Ltd. : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureurs des intervenants Chef Liz Logan, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation de Fort Nelson et ladite Première Nation de Fort Nelson : Rana Law, Calgary.

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureurs des intervenantes Chef Sally Sam et la Société Maiyoo Keyoh : Devlin Gailus, Victoria.

Procureurs des intervenants Council of Forest Industries et Alberta Forest Products Association : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première Nation Moose Cree : Pape Salter Teillet, Toronto.

Didier Buzizi *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BUZIZI

2013 SCC 27

File No.: 34899.

2013: March 27; 2013: May 10.

Present: LeBel, Fish, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective and subjective elements of defence of provocation were established, thereby lending air of reality to this defence.

A jury found the accused guilty of second degree murder. In the middle of the night, he had intervened in an altercation that ended in the victim's death. The evidence in the record showed that the accused was under the influence of "many emotions" when he acted: he was angry, mad, upset, "out of it", scared, afraid, worried, trying to protect himself and reacting emotionally. At trial, the judge refused three requests by the defence that he put to the jury the defence of provocation raised by the accused. The Court of Appeal, in a majority judgment, affirmed that decision and dismissed the appeal. All three justices in the Court of Appeal agreed that the evidence was sufficient in respect of the objective element. Only the dissenting judge, however, considered the evidence to be equally capable of supporting the subjective element.

Held (LeBel and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The verdict of guilty should be set aside and a new trial ordered.

Per Fish, Moldaver and Karakatsanis JJ.: To the extent that the evidence adduced before him was reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence, the trial judge was bound to put the defence of provocation to the jury. The air of reality test is not intended to assess whether the defence is likely,

Didier Buzizi *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BUZIZI

2013 CSC 27

N° du greffe : 34899.

2013 : 27 mars; 2013 : 10 mai.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusé pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — Les éléments objectifs et subjectifs de la défense de provocation sont-ils établis de sorte que la défense est vraisemblable?

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury. Au milieu de la nuit, il s'est impliqué dans une altercation qui s'est soldée par le décès de la victime. La preuve au dossier révèle que l'accusé était sous le coup de « plein d'émotions » quand il a agi : il était en colère, fâché, énervé, dans un état second, apeuré, craintif, inquiet, cherchant à se protéger et réagissant avec émotion. Au procès, le juge a refusé de soumettre au jury — malgré les trois demandes en ce sens de l'accusé — la défense de provocation invoquée par ce dernier. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé cette décision et a rejeté l'appel. Les trois juges de la Cour d'appel étaient unanimement d'avis que la preuve suffisait quant au volet objectif. Cependant, seule la juge dissidente estimait que la preuve était également suffisante pour étayer le volet subjectif.

Arrêt (les juges LeBel et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Le verdict de culpabilité est écarté et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Les juges Fish, Moldaver et Karakatsanis : Dans la mesure où la preuve administrée devant lui était raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires à l'application du moyen de défense, le premier juge était tenu de soumettre la provocation au jury. Le critère de la vraisemblance ne vise pas à déterminer s'il est

unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day. The relevant question is whether the record contains a sufficient factual foundation for a properly instructed jury to give effect to the defence. In this case, a careful reading of the deposition of the accused — in light of the evidence as a whole — sufficiently supports the inferences necessary for the defence of provocation to apply. It was open to a properly instructed jury to resolve the question whether the accused had acted on the sudden and before there was time for his passion to cool within the meaning of s. 232(2) of the *Criminal Code*. Furthermore, the trial judge is not at all in the best position to determine whether a defence has an air of reality, since that is a question of law.

Per LeBel and Wagner JJ. (dissenting): The trial judge must put to the jury only those defences that have an air of reality and are capable of being accepted by the jury. There is no minimal air of reality test in Canadian law. A defence either has an air of reality or does not have one. To determine whether a defence meets the air of reality test, the trial judge must consider the totality of the evidence in the record. The defence of provocation has two elements: an objective element that presupposes the existence of a wrongful act or an insult that is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, and a subjective element that requires evidence establishing that the accused acted in response to the provocation, on the sudden and before there was time for his or her passion to cool. In this case, neither the objective element nor the subjective element of the defence of provocation met the air of reality test.

Regarding the objective element, the evidence established that when the accused stabbed the victim, he had come to his cousin's defence and had helped push the victim back in circumstances such that the defence of provocation could no longer be relied on. The willing participation of the accused in the fight made it foreseeable that the victim would react as he did, and the accused could not claim that his acts were a response to a sudden, unexpected, spontaneous and unforeseeable situation.

As for the subjective element, there is no credible evidence in the record that the accused committed the murder in response to an act of provocation by the victim before his passion had cooled. On the contrary, the accused testified that he had acted knowingly, with

probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. La question pertinente est celle de savoir s'il existe au dossier un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d'accueillir la défense. En l'espèce, une lecture attentive de la déposition de l'accusé — sous l'éclairage de la preuve dans son ensemble — étayait suffisamment les inférences nécessaires à l'application de la défense de provocation. En effet, il était loisible à un jury convenablement instruit de résoudre la question de savoir si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid, au sens du par. 232(2) du *Code criminel*. Par ailleurs, le juge d'instance ne jouit aucunement d'une position privilégiée pour déterminer la vraisemblance d'un moyen de défense, ce qui est une question de droit.

Les juges LeBel et Wagner (dissidents) : Le juge de première instance ne doit soumettre au jury que les défenses plausibles, susceptibles d'entraîner l'adhésion du jury. Le critère de la vraisemblance minimale n'existe pas en droit canadien. Ou bien un moyen de défense est vraisemblable ou bien il ne l'est pas. Pour déterminer si un moyen de défense répond au critère de la vraisemblance, le juge du procès doit examiner l'ensemble de la preuve au dossier. La défense de provocation comporte deux éléments : un élément objectif qui suppose la présence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, et un élément subjectif établissant que l'accusé a agi en raison de la provocation, sous l'impulsion du moment et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. En l'espèce, ni l'élément objectif, ni l'élément subjectif de la défense de provocation ne répondaient au critère de la vraisemblance.

Quant à l'élément objectif, la preuve établit qu'au moment où la victime a été poignardée par l'accusé, ce dernier s'était porté à la défense de son cousin et avait aidé à repousser la victime dans des circonstances qui ne permettent plus d'invoquer la défense de provocation. En effet, la participation volontaire de l'accusé dans le conflit rendait prévisible le comportement de la victime et ce premier ne saurait soutenir que ses gestes avaient résulté d'une situation soudaine, inattendue, spontanée et imprévisible.

Pour ce qui est du volet subjectif, il n'existe au dossier aucune preuve vraisemblable démontrant que l'accusé a commis le meurtre à la suite d'une provocation de la victime et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. Au contraire, l'accusé a témoigné avoir agi sciemment, en

full knowledge of what he was doing, to defend himself out of fear that the victim might recover his weapon and attack him. The only defence raised by the accused that had an air of reality in light of the evidence was self-defence.

Even if the test of correctness is applied to the trial judge's decision, an appellate court must bear in mind that the trial judge, who saw and heard the witnesses, is in the best position to determine whether the evidence that is capable of supporting the necessary inferences is credible.

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3.

By Wagner J. (dissenting)

R. v. Pintar (1996), 110 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *The Queen v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232(1), (2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Doyon and Bich J.J.A.), 2012 QCCA 906, [2012] J.Q. n° 4541 (QL), 2012 CarswellQue 4824, SOQUIJ AZ-50856642, affirming the accused's conviction for second degree murder. Appeal allowed, LeBel and Wagner J.J. dissenting.

Clemente Monterosso and Sonia Mastro Matteo, for the appellant.

Thierry Nadon and Mario Longpré, for the respondent.

toute connaissance de cause, dans le but de se défendre et par crainte que la victime ne reprenne son arme pour l'attaquer. La seule défense plausible pour l'accusé à la lumière de la preuve était la légitime défense.

Même si la décision du juge d'instance est soumise au critère de la décision correcte, les tribunaux d'appel doivent se rappeler que le juge d'instance, qui a vu et entendu les témoins, jouit d'une position privilégiée pour déterminer le caractère vraisemblable des éléments de preuve susceptibles d'étayer les inférences requises.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Wagner (dissident)

R. c. Pintar (1996), 110 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *The Queen v. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Doyon et Bich), 2012 QCCA 906, [2012] J.Q. n° 4541 (QL), 2012 CarswellQue 4824, SOQUIJ AZ-50856642, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Wagner sont dissidents.

Clemente Monterosso et Sonia Mastro Matteo, pour l'appelant.

Thierry Nadon et Mario Longpré, pour l'intimée.

English version of the judgment of Fish, Moldaver and Karakatsanis JJ. delivered by

Le jugement des juges Fish, Moldaver et Karakatsanis a été rendu par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] At the conclusion of his trial by judge and jury in the Superior Court, District of Montreal, the appellant, Didier Buzizi, was convicted of second degree murder.

[1] L'appelant, Didier Buzizi, a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré par un jury, au terme d'un procès devant la Cour supérieure, district de Montréal.

[2] The Quebec Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed his appeal.

[2] La Cour d'appel du Québec, par une décision prise à la majorité, a rejeté son appel.

[3] This is an appeal, as of right, against the judgment of the Court of Appeal.

[3] D'où le présent pourvoi, formé de plein droit.

II

II

[4] The sole issue before us is whether the trial judge erred in law in refusing three requests by the defence that he put to the jury the defence of provocation raised by Mr. Buzizi.

[4] La seule question en litige est celle de savoir si le juge du procès a erré en droit en refusant de soumettre au jury — malgré les trois demandes en ce sens de l'appelant — la défense de provocation invoquée par ce dernier.

[5] The two majority judges answered this question in the negative; Bich J.A., dissenting on this issue, answered in the affirmative.

[5] À cette question, les deux juges de la majorité ont répondu par la négative; la juge Bich, dissidente à ce sujet, a par contre répondu par l'affirmative.

[6] With respect for those who are of a different view, I agree with Justice Bich.

[6] Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je suis d'accord avec la juge Bich.

III

III

[7] The defence of provocation comprises an objective element and a subjective element (*R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350, at para. 23).

[7] La défense de provocation comporte un volet objectif et un volet subjectif (*R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 23).

[8] To the extent that the evidence adduced before him was “reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence” (*Tran*, at para. 41), the trial judge was bound to put Mr. Buzizi's defence of provocation to the jury.

[8] Dans la mesure où la preuve administrée devant lui était « raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires à l'application du moyen de défense » (*Tran*, par. 41), le premier juge était tenu de soumettre la provocation au jury.

[9] All three justices in the Court of Appeal agreed that the evidence was sufficient in respect of the

[9] Les trois juges de la Cour d'appel étaient unanimement d'avis que la preuve suffisait quant

objective element (2012 QCCA 906 (CanLII)). Only Justice Bich, however, considered the evidence to be equally capable of supporting the subjective element.

[10] I think it is useful to reproduce her reasons on this point in their entirety:

[TRANSLATION] To the extent that the victim's conduct, as described by the appellant, meets, as Doyon J.A. explains, the requirements of the objective element of the defence of provocation, in my view the present circumstances also meet the requirements of the subjective element. It appears to me that we are dealing here with a very particular situation in which self-defence (in this case, under s. 34(2) *Cr.C.*) and provocation are intertwined: the victim's aggressive act was capable of causing a reaction which could conceivably arise in the context of either self-defence or provocation.

Assuming that it is believed, the appellant's testimony as I understand it does not foreclose this dual theory, which has a sufficient (albeit minimal) air of reality to it, and I think it would be dangerous to parse his statements at this stage in order to determine whether his act stemmed from fear or uncontrollable anger, whether or not he had time to reflect, and whether or not he acted "on the sudden and before there was time for his passion to cool" (s. 232(2) *Cr.C.*). The trial judge should have put the defence of provocation to the jury and, after proper instruction, left the jury the task of deciding on the facts.

In my opinion, this error warrants the ordering of a new trial. It cannot, in my view, be assumed — as that would amount to usurping the function of the jury — that had the jury been properly instructed on the defence of provocation, it would not have accepted that defence and would have arrived at the same verdict, rather than finding the appellant guilty of manslaughter. In other words, it cannot be said with any certainty that the jury, tasked with evaluating the evidence based on a legal framework comprising a charge of second degree murder, a defence of self-defence and a defence of provocation (potentially carrying with it a verdict of manslaughter), would have arrived at the same verdict it rendered in a framework from which the defence of provocation had been excluded. [Footnote omitted; paras. 104-6.]

[11] It is difficult to distinguish the instant case from *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1, in which the Ontario Court of Appeal held:

au volet objectif (2012 QCCA 906 (CanLII)). Cependant, seule la juge Bich estimait que la preuve était également suffisante pour étayer le volet subjectif.

[10] Il me paraît utile de reprendre au long ses motifs à cet égard :

Dans la mesure où la conduite de la victime, telle que décrite par l'appelant, répond, ainsi que l'explique le juge Doyon, aux exigences du volet objectif de la défense de provocation, j'estime pour ma part que la situation de l'espèce répond aussi aux exigences du volet subjectif. Nous avons affaire ici, il me semble, à un cas de figure bien particulier, où la légitime défense (en l'occurrence celle du paragr. 34(2) *C.cr.*) et la provocation s'entremêlent : le geste agressif de la victime a pu engendrer une réaction dont on peut concevoir qu'elle relève aussi bien de la légitime défense que de la provocation.

À supposer qu'on le croit, en effet, le témoignage de l'appelant, selon la lecture que j'en fais, n'exclut pas cette double hypothèse, qui a suffisamment (même si c'est minimalement) de vraisemblance, et il me paraît hasardeux de disséquer ici ses propos afin de déterminer si son acte résulte de la peur ou d'une irrépressible colère, s'il a eu le temps de réfléchir ou non et s'il a agi ou non « sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » (paragr. 232(2) *C.cr.*). Le juge de première instance aurait dû présenter la défense de provocation au jury et laisser à celui-ci, dûment instruit, le soin de trancher en fait.

À mon avis, cette erreur justifie qu'un nouveau procès soit ordonné. On ne peut pas supposer, il me semble, ce qui reviendrait à usurper la fonction du jury, que celui-ci, si on l'avait instruit de la défense de provocation, ne l'aurait pas retenue et en serait arrivé au même verdict, plutôt que de conclure à l'homicide involontaire coupable. Autrement dit, on ne peut pas être assuré que le jury, placé devant l'obligation d'évaluer la preuve en fonction d'un cadre juridique comportant une accusation de meurtre au second degré, une défense de légitime défense et une défense de provocation (emportant potentiellement un verdict d'homicide involontaire coupable), en serait venu au verdict qu'il a rendu dans un cadre excluant la défense de provocation. [Note en bas de page omise; par. 104-106.]

[11] La présente affaire se distingue difficilement de l'arrêt *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1, où la Cour d'appel de l'Ontario statua :

... in this case, the trial judge's decision that there was no air of reality to the defence of provocation appears to be premised on two factors: first, the appellant's evidence disavowing anger as the trigger for his actions, and second, a finding that there was no evidence of the appellant acting in the heat of passion or as a result of a loss of self control.

We agree that there will be some cases in which the appellant's disavowal of one of the elements of a defence will preclude the availability of the defence based on the air of reality threshold. However, this is not one of those cases. In challenging the appellant's evidence that he was afraid at the time he stabbed Mr. Garavellos, the Crown suggested, both in cross-examination and in his closing address to the jury, that the appellant's true emotion was anger. If the jury rejected the appellant's evidence that he was afraid, there was evidence capable of supporting an inference that he was angry. [paras. 18-19]

[12] Moreover, it is far from clear that Mr. Buzizi disavowed any of the essential elements of the defence of provocation. Even if certain excerpts from his testimony might leave the impression that he did, I am satisfied that a careful reading of his deposition — in light of the evidence as a whole — sufficiently supports the inferences necessary for his defence of provocation to apply.

[13] Finally, unlike *Gill*, it is common ground in this case that the appellant was under the influence of [TRANSLATION] “many emotions” (A.R., at p. 1864) when he acted. Moreover, the majority in the Court of Appeal recognized that [TRANSLATION] “[t]he appellant was angry, mad, upset, ‘out of it’, scared, afraid, worried, trying to protect himself, reacting emotionally, according to the various expressions used” in the evidence in the record (para. 41). The only disputed question is whether he “acted . . . on the sudden and before there was time for his passion to cool” within the meaning of s. 232(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I agree with Bich J.A. that it was open to a properly instructed jury to resolve this dispute in the appellant's favour.

[TRANSLATION] . . . en l'espèce, la décision du juge du procès selon laquelle la défense de provocation ne présentait aucune vraisemblance semble reposer sur deux facteurs : premièrement, le témoignage de l'appellant niant que la colère ait déclenché ses actes et, deuxièmement, la conclusion qu'il n'y avait aucune preuve que l'appellant avait agi dans un accès de colère ou parce qu'il avait perdu le pouvoir de se maîtriser.

Nous reconnaissons qu'il surviendra des cas où la négation par l'appellant de l'existence d'un des éléments d'un moyen de défense l'empêchera d'invoquer cette défense parce qu'elle ne présentera pas le seuil de vraisemblance requis. Toutefois, nous ne sommes pas en présence d'un tel cas. Lorsqu'il a contesté le témoignage de l'appellant selon lequel il avait peur lorsqu'il a poignardé M. Garavellos, le procureur de la Couronne a suggéré, tant au cours du contre-interrogatoire que pendant son exposé final au jury, que l'émotion réelle qu'avait ressentie l'appellant était la colère. Si le jury rejetait le témoignage de l'appellant qui affirmait avoir eu peur, il existait néanmoins des éléments de preuve permettant d'inférer qu'il était en colère. [par. 18-19]

[12] Qui plus est, il n'est même pas évident que l'appellant dans la présente affaire a nié quelque élément essentiel que ce soit de la défense de provocation. S'il est vrai que certains extraits de son témoignage pourraient laisser une telle impression, je suis plutôt d'avis qu'une lecture attentive de sa déposition — sous l'éclairage de la preuve dans son ensemble — étayait suffisamment les inférences nécessaires à l'application de sa défense de provocation.

[13] Enfin, contrairement à l'affaire *Gill*, il est acquis en l'espèce que l'appellant était sous le coup de « plein d'émotions » quand il a agi (d.a., p. 1864). D'ailleurs, les juges majoritaires en Cour d'appel reconnaissent que « [l]'appellant était en colère, fâché, énervé, dans un état second, apeuré, craintif, inquiet, cherchant à se protéger, réagissant avec émotion, selon les divers termes employés » dans la preuve au dossier (par. 41). Le débat porte uniquement sur la question de savoir s'il « a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid », au sens du par. 232(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À l'instar de la juge Bich, j'estime qu'il était loisible à un jury convenablement instruit de résoudre ce débat en faveur de l'appellant.

IV

[14] With respect, I have three brief observations concerning the reasons of Justice Wagner.

[15] First, my colleague finds that an appellate court must defer to the trial judge in determining whether a defence has an air of reality. As my colleague acknowledges, however, the applicable standard of review in this regard is *correctness*. It follows, in my view, that the trial judge is not at all in the “best position” to determine whether a defence has an air of reality, since that is a question of law: “. . . the interpretation of a legal standard (the elements of the defence) and the determination of whether there is an air of reality to a defence constitute questions of law, reviewable on a standard of correctness” (*Tran*, at para. 40).

[16] In addition, and again with respect, I find that my colleague errs — as did the trial judge — in his application of the “air of reality” test. As the Court held in *Cinous*, “the air of reality test [is not] intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day” (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 54). Rather, the relevant question is whether the record contains a sufficient factual foundation for a properly instructed jury to give effect to the defence.

[17] Finally, my colleague’s assessment of the evidence is both incomplete and flawed. For example, he does not consider at all the evidence of an eyewitness, Diane Rudakenga, that the appellant was [TRANSLATION] “like . . . out of it . . . like in a trance” (A.R., at p. 1464).

V

[18] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the jury’s verdict of guilty and order a new trial.

IV

[14] À la lecture de l’opinion du juge Wagner, trois brefs commentaires s’imposent.

[15] D’abord, mon collègue estime que les tribunaux d’appel, en déterminant le caractère vraisemblable d’une défense, doivent faire preuve de déférence envers le juge du procès. Pourtant, tel que mon collègue le reconnaît, la norme de contrôle applicable en la matière est celle de la *décision correcte*. Il s’ensuit, selon moi, que le juge d’instance ne jouit aucunement d’une « position privilégiée » pour déterminer la vraisemblance d’un moyen de défense, ce qui est une question de droit : « . . . l’interprétation d’une norme juridique (les conditions d’application du moyen de défense) et la vraisemblance d’un fait invoqué en défense constituent des questions de droit susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte » (*Tran*, par. 40).

[16] Ensuite, et toujours avec égards, j’estime que mon collègue, à l’instar du juge du procès, applique erronément le critère de « vraisemblance ». Tel que la Cour l’a décidé dans l’affaire *Cinous* : « Le critère de la vraisemblance ne vise pas [. . .] à déterminer s’il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 54). Au contraire, la question pertinente est celle de savoir s’il existe au dossier un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d’accueillir la défense.

[17] Enfin, mon collègue fait une appréciation de la preuve qui est à la fois incomplète et déficiente. Ainsi, par exemple, il ne considère point la déposition d’un témoin oculaire, M^{me} Diane Rudakenga, selon laquelle l’appelant était « comme dans un autre [. . .] second là [. . .] comme en transe » (d.a., p. 1464).

V

[18] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, j’écarterais le verdict de culpabilité prononcé par le jury, et j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

English version of the reasons of LeBel and Wagner JJ. delivered by

[19] WAGNER J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Fish J., who adopts the brief reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal. With respect, I am of the view that they are wrong. The reasons for my conclusion follow.

[20] The only issue to be resolved is whether the appellant's defence of provocation met the air of reality test and should have been put to the jury.

I. Facts

[21] Before addressing this issue, I must briefly review the principal facts.

[22] Doyon J.A. provided a good overview of the general context in his reasons for the Court of Appeal's decision (2012 QCCA 906 (CanLII)):

[TRANSLATION] In the middle of the night, several members of the group moved on to another restaurant/bar, on Ontario Street. Around 5:00 a.m., they were asked to leave the premises. Some of them gathered in the alley behind the bar. A verbal altercation broke out between the victim and Pierre Mumpereze, also known as "Peter", the appellant's cousin. A man named Rassem Chamaa intervened, but not for long, as things went no further. He saw the two men who had been arguing head toward Ontario Street. A few minutes later there was another altercation, in which the appellant was involved, that ended in the death of Mr. Rushemeza. The appellant would be found guilty of second degree murder and sentenced to imprisonment without eligibility for parole for at least 12 years. [para. 10]

[23] Although the different accounts of what happened are contradictory in some regards, they are consistent as they relate to the essential elements.

[24] There are some facts that are worth noting. From a fair distance away, the appellant saw that his cousin was involved in a fight with the victim, and he decided to run to where his cousin was and to intervene by pushing the victim back in order to get his cousin out of harm's way. He then noticed

Les motifs des juges LeBel et Wagner ont été rendus par

[19] LE JUGE WAGNER (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Fish, qui adopte les brefs motifs exprimés par la juge dissidente en Cour d'appel. Avec égards, j'estime qu'ils ont tort. Voici pourquoi.

[20] La seule question à trancher est celle de savoir si la défense de provocation invoquée par l'appelant répondait au critère de la vraisemblance et devait être soumise à l'appréciation des jurés.

I. Les faits

[21] Un bref rappel des principaux faits s'impose avant d'examiner cette question.

[22] Le contexte général a été bien résumé par le juge Doyon dans son opinion en Cour d'appel (2012 QCCA 906 (CanLII)) :

Au milieu de la nuit, plusieurs membres du groupe se déplacent vers un autre restaurant-bar, situé sur la rue Ontario. Vers 5 h, ils sont avisés de quitter les lieux. Certains se regroupent dans la ruelle derrière le bar. Une altercation verbale survient entre la victime et Pierre Mumpereze, aussi appelé « Peter », cousin de l'appelant. Un certain Rassem Chamaa s'interpose, mais son intervention est de courte durée, puisque les choses en restent là. Il voit d'ailleurs les deux protagonistes se diriger vers la rue Ontario. Quelques minutes plus tard survient une autre altercation impliquant l'appelant, qui se soldera par le décès de M. Rushemeza. L'appelant sera reconnu coupable de meurtre au deuxième degré et sera condamné à purger au moins douze ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle. [par. 10]

[23] Bien que les différentes versions des faits se contredisent sur certains aspects, elles concordent néanmoins sur les éléments essentiels.

[24] Certains faits méritent d'être soulignés. Se trouvant à une bonne distance, l'appelant constate que son cousin est impliqué dans une bagarre avec la victime et décide de le rejoindre en courant et de s'interposer en repoussant la victime pour dégager son cousin de sa fâcheuse position. Il remarque

that his cousin was seriously wounded in the throat and that the victim was brandishing an exacto knife, using it to threaten the members of the group the appellant was with.

[25] After pushing the victim, who was trying to defend himself by threatening his assailants with his knife, the appellant saw the victim drop his knife. Fearing for his life should the victim pick his weapon up, the appellant then used his own knife, the blade of which was 20 centimetres long, to stab the victim several times.

[26] According to the Crown's theory, the appellant intentionally caused the victim's death to take revenge for what the victim had done to his cousin. According to the appellant, he stabbed the victim in response to an act of provocation. Doyon J.A. explained the defence's theory as follows:

[TRANSLATION] The appellant argued before the jury that he had had no choice. Reacting emotionally and being "out of it", to avoid being a victim himself, he had to defend himself by stabbing Mr. Rushemeza with his knife before Mr. Rushemeza had time to pick his own weapon up. He struck without really knowing what part of the body he had hit or how many times he had stabbed him. He never intended to wound the victim seriously while being reckless as to whether death ensued. He was afraid for his life after seeing his cousin stabbed in the throat by an aggressive person who was armed and was bigger than him, and who was threatening him. He acted as he did in self-defence, to save his life, without there being time for his passion to cool. [para. 32]

[27] At the end of the pre-charge conference, the appellant suggested that the trial judge put both self-defence and provocation to the jury as defences.

[28] The trial judge, Champagne J., citing, *inter alia*, the comments made by my colleague Moldaver J. in *R. v. Pintar* (1996), 110 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), stated:

[TRANSLATION] So, after considering the view expressed by my colleague Moldaver J.A. in *Pintar* and briefly reviewing the evidence produced by Mr. Buzizi before

alors que ce dernier est blessé sérieusement à la gorge et que la victime exhibe un *Exacto* avec lequel elle menace les membres du groupe dont fait partie l'appelant.

[25] Après avoir repoussé la victime, qui tente de se défendre en menaçant ses assaillants de son *Exacto*, l'appelant voit qu'elle échappe son arme. Craignant pour sa vie, l'appelant utilise alors son couteau, muni d'une lame de 20 centimètres, et poignarde à plusieurs reprises la victime, de peur que cette dernière ne reprenne son arme.

[26] Suivant la théorie formulée par le ministère public, l'appelant aurait intentionnellement causé la mort de la victime pour venger le sort réservé par celle-ci à son cousin. Pour sa part, l'appelant prétend qu'il a poignardé la victime à la suite d'un acte de provocation. Le juge Doyon a défini ainsi la thèse avancée par la défense :

L'appelant a plaidé au jury qu'il n'avait pas le choix. Réagissant avec émotion, « dans un état second », pour éviter d'être lui-même victime, il devait se défendre en assénant des coups de couteau à M. Rushemeza avant qu'il ait le temps de récupérer son arme. Il a frappé sans vraiment savoir quelle partie du corps il atteignait ni le nombre de coups qu'il donnait. Il n'a jamais eu l'intention de blesser gravement la victime sans se soucier que la mort s'ensuive. Il a craint pour sa vie, après avoir vu son cousin se faire trancher la gorge par une personne agressive, armée, plus grande que lui, qui le menaçait. Il a agi ainsi en légitime défense, pour sauver sa vie, sans avoir pu reprendre son sang-froid. [par. 32]

[27] Au terme de la conférence pré-directive, l'appelant a suggéré au juge du procès de soumettre au jury la théorie de la légitime défense ainsi que celle de la provocation.

[28] S'inspirant entre autres des propos exprimés par mon collègue le juge Moldaver, dans l'arrêt *R. c. Pintar* (1996), 110 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), le juge Champagne, qui présidait le procès, a dit ceci :

Alors, après avoir lu les conseils de mon collègue Moldaver dans *Pintar* et après avoir examiné un [tant] soit peu la preuve présentée par monsieur Buzizi devant les

the triers of fact, I found it unlikely that Mr. Buzizi could not have intended to kill the victim; this is because he had in his possession a 30-centimetre-long knife that he plunged at least twice into the victim's back to a depth of 18 centimetres while the victim was bent over.

I also took into account from the testimony of the accused that he was scared and highly emotional, that he was afraid, that the guy, that is to say, the victim, was a big, burly man, that his life was in danger, that his cousin's throat had been cut and that he himself had been attacked.

As a result, I conclude that the only defence I should put to the jury is the one provided for in s. 34(2) of the Criminal Code of Canada. [A.R., at pp. 2182-83]

II. Analysis

[29] I agree with the view expressed by my colleague Fish J. in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 10, on the dangers of putting theoretically incompatible defences to a jury:

... the particular defences in issue here — automatism and self-defence — are, as the Crown suggested on the hearing of this appeal, incompatible in theory, though perhaps not always in practice. That is because self-defence implies deliberate conduct that is at odds with the fundamental premise of automatism, a state of dissociative, involuntary conduct.

[30] Furthermore, the following comments made by LeBel J. in his dissenting reasons in that case reflected the concerns voiced by Fish J. (at para. 25):

In the instant case, counsel for the accused presented a defence of automatism, with all its strengths and weaknesses, to the court of assize. At the beginning of the trial, counsel had indicated that he also intended to argue self-defence, but he said no more about this. The trial judge nevertheless put that defence to the jury on his own initiative. He decided to do so even though, as Nuss J.A. found, the available evidence did not lend even an “air of reality” to some of the principal elements

juges des faits, j'ai estimé qu'il était invraisemblable que monsieur Buzizi ne pouvait pas avoir l'intention de tuer la victime; ceci découle du fait qu'il avait en sa possession un couteau de trente (30) centimètres qu'il a enfoncé à au moins deux (2) reprises dans le dos de la victime, à une profondeur de dix-huit (18) centimètres, alors que la victime était penchée.

J'ai également retenu du témoignage de l'accusé qu'il était apeuré, plein d'émotions, qu'il avait peur, que le gars, parlant de la victime, était grand et gros, que sa vie était en danger, que son cousin avait eu la gorge tranchée et qu'il avait été lui-même attaqué.

Alors, j'en viens donc à la conclusion de rendre disponible au jury le seul moyen de défense prévu à l'article 34(2) du Code criminel du Canada. [d.a., p. 2182-2183]

II. Analyse

[29] Je partage les propos de mon collègue, le juge Fish, dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 10, sur les dangers que soulève la présentation aux membres d'un jury de défenses théoriquement incompatibles :

... les moyens de défense particuliers en l'espèce — l'automatisme et la légitime défense — sont, comme l'a dit le ministère public à l'audition du présent pourvoi, incompatibles en théorie, même si ce n'est peut-être pas toujours le cas en pratique. Cela s'explique par le fait que la légitime défense suppose une conduite délibérée qui va à l'encontre de la prémisse fondamentale de l'automatisme, soit un état de dissociation et une conduite involontaire.

[30] Au surplus, les observations suivantes formulées par le juge LeBel dans son opinion dissidente dans cette affaire rejoignaient les préoccupations exprimées par le juge Fish (par. 25) :

Dans la présente cause, l'avocat de la prévenue a présenté une défense d'automatisme avec ses forces et ses faiblesses devant la cour d'assises. L'avocat avait aussi annoncé à l'ouverture du procès un moyen de légitime défense, qu'il n'a pas repris. Néanmoins, de lui-même, le premier juge a renvoyé ce moyen devant les jurés. Cette décision a été prise alors que, comme l'a conclu le juge Nuss, la preuve disponible ne conférait même pas d'« apparence de réalité » à certains des

of that very particular defence. Moreover, the judge undeniably misdirected the jurors regarding the defence. All he did, in essence, was tell them that they had to acquit the accused if they believed her. He said nothing about the subjective and objective aspects of the defence. Self-defence was thus submitted to the jurors, without the necessary factual basis and after inadequate instructions had been given, together with the defence of automatism.

[31] In circumstances such as these, a trial judge who must decide whether to put defences to a jury that appear at first glance to be incompatible must exercise caution and make sure that each of them has the common denominator of every successful defence — an air of reality — that will ultimately make it possible to determine which defences are available to the accused.

[32] It will be helpful to reiterate the reasons why defences that do not meet the air of reality test should be excluded. The cardinal rule was explained in *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 50:

The principle that a defence should be put to a jury if and only if there is an evidential foundation for it has long been recognized by the common law. This venerable rule reflects the practical concern that allowing a defence to go to the jury in the absence of an evidential foundation would invite verdicts not supported by the evidence, servicing only to confuse the jury and get in the way of a fair trial and true verdict. [Emphasis added.]

A. *Defence of Provocation*

[33] The defence of provocation has two elements. The first, an objective element, presupposes the existence of a wrongful act or an insult that is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. The second, a subjective element, requires evidence establishing that the accused acted in response to the provocation, on the sudden and before there was time for his or her passion to cool.

[34] In the case at bar, I am of the opinion that neither the objective element nor the subjective

éléments principaux de cette défense particulière. Par surcroît, il est incontestable que le juge a donné des directives erronées aux jurés sur ce moyen de défense. Il s'est borné, en substance, à expliquer au jury qu'il devait acquitter la prévenue s'il la croyait. Il n'a fait aucun commentaire sur les aspects subjectifs et objectifs de cette défense. Ce moyen de défense a alors été soumis aux jurés, en l'absence de la base factuelle nécessaire et à la suite de directives insuffisantes, en même temps que la défense d'automatisme.

[31] En semblables circonstances, lorsque le juge du procès est appelé à décider s'il y a lieu de soumettre aux membres d'un jury des défenses à première vue incompatibles, il doit faire preuve de prudence et s'assurer de la présence du dénominateur commun requis de tout moyen de défense invoqué, soit un air de vraisemblance qui, en bout de piste, permet d'identifier les défenses ouvertes à l'accusé.

[32] Il n'est pas inutile de rappeler les raisons qui militent en faveur de l'exclusion des moyens de défense qui ne satisfont pas au critère de la vraisemblance. Cette règle cardinale a été précisée dans l'arrêt *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 50 :

The common law reconnaît depuis longtemps qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il a un fondement probant. Cette règle vénérable reflète la crainte concrète que, si on permet qu'un moyen de défense dépourvu de fondement probant soit soumis au jury, il n'en résulte un verdict non étayé par la preuve et que cela ne contribue qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et n'empêche de tenir un procès équitable et de prononcer un verdict juste. [Je souligne.]

A. *La défense de provocation*

[33] La défense de provocation comporte deux éléments. Premièrement, un élément objectif, qui suppose la présence d'une action injuste ou d'une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, la preuve d'un élément subjectif établissant que l'accusé a agi en raison de la provocation, sous l'impulsion du moment et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid.

[34] En l'espèce, je suis d'avis que ni l'élément objectif, ni l'élément subjectif de la défense

element of the defence of provocation met the air of reality test.

(1) Objective Element

[35] In Canadian criminal law, s. 232(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that accused persons may reduce their criminal liability if they reacted to wrongful acts or insults that were serious enough to cause them to lose the power of self-control. However, such an act or words must also be unjust, unexpected and sudden.

[36] This Court has commented in the past on the distinction between acts resulting from provocation and acts motivated purely by revenge: *The Queen v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438.

[37] The evidence related to the elements of the defence of provocation must be sufficient for a properly instructed jury acting reasonably to accept the defence if it believes the evidence to be true.

[38] Is the evidence sufficient in the case at bar?

[39] The evidence adduced at trial established that when the appellant stabbed the victim, he had come to his cousin's defence and had helped push the victim back in circumstances such that the defence of provocation can no longer be relied on.

[40] The appellant himself admitted in his testimony that he had seen from a distance that his cousin was fighting with the victim, and that he had decided to intervene in the fight to come to his cousin's aid by pushing the victim back.

[41] Indeed, the appellant acknowledged that he had knowingly decided to intervene in his cousin's fight:

[TRANSLATION]

Q. Okay. And when you pushed him, Maxime Rushemeza, after that, did you say to him, "Listen, I don't want to fight"?

A. I didn't have . . .

de provocation ne répondaient au critère de la vraisemblance.

(1) Volet objectif

[35] En droit criminel canadien, le par. 232(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, permet à un accusé de diminuer sa responsabilité criminelle lorsqu'il réagit à une action injuste ou à une insulte suffisamment grave pour lui faire perdre le pouvoir de se maîtriser. Encore faut-il cependant que cette action ou insulte soit injuste, inattendue et soudaine.

[36] Notre Cour a déjà souligné la distinction entre des actes entraînés par une provocation et des actes purement motivés par la vengeance : *The Queen c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438.

[37] La preuve des éléments de la défense de provocation doit être suffisante pour permettre à un jury qui reçoit les directives appropriées en droit et qui agit raisonnablement d'adhérer à cette thèse s'il y ajoute foi.

[38] Qu'en est-il en l'espèce?

[39] Au procès, la preuve a établi qu'au moment où la victime a été poignardée par l'appelant, ce dernier s'était porté à la défense de son cousin et avait aidé à repousser la victime dans des circonstances qui ne permettent plus d'invoquer la défense de provocation.

[40] En effet, l'appelant a lui-même admis dans son témoignage avoir constaté à distance que son cousin était impliqué dans une bataille avec la victime, puis décidé de s'immiscer dans ce conflit pour porter secours à son cousin en repoussant la victime.

[41] L'appelant reconnaît d'ailleurs qu'il a sciemment pris la décision d'intervenir dans la bataille impliquant son cousin :

Q. O.K. Et quand vous l'avez poussé, Maxime Rushemeza, est-ce qu'après ce moment-là, vous lui avez dit : « Écoute, moi, je veux pas me battre »?

R. J'ai pas eu . . .

Q. “Stop . . .”

A. . . . time to

Q. “Stop it. I don’t want to fight with you.” Did you tell him that?

A. Well, I didn’t have time, really, because when I went up to him, really, and I pushed him and got Peter behind me, that’s when I realized Peter had been cut. I turned my head and said nothing. He just said to me, “You want a piece of this?” He undoubtedly thought I wanted to attack him and take him on, two on one. But I didn’t have time to say anything to him. [A.R., at pp. 1956-57]

[42] In the circumstances, the appellant’s willing participation in the street brawl made it foreseeable that the victim would then brandish his weapon (the exacto knife); the appellant could not therefore claim to have been taken by surprise in this context.

[43] In my opinion, the trial judge had to assess all the circumstances of the appellant’s acts when he stabbed the victim in order to determine whether there was any credible evidence, and, if there was, the judge had to take the evidence that was most favourable to the appellant into account.

[44] In this case, the evidence does not support a conclusion that the appellant’s acts were a response to a sudden, unexpected, spontaneous and unforeseeable situation.

[45] As I mentioned above, the trial judge must identify evidence capable of showing that the objective element and the subjective element of the defence of provocation have an air of reality.

[46] Even if it were assumed that the evidence supported the objective element, which I cannot find to be the case, it is my view that an analysis of the subjective element resolves the issue of whether the defence of provocation has an air of reality in this case.

(2) Subjective Element

[47] I agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the only defence raised

Q. « Cont . . . »

R. . . . le temps pour . . .

Q. « Ne continue pas. Je veux pas me battre avec toi. » Lui avez-vous dit ça?

R. Bien, j’ai pas eu le temps, justement, parce que quand je me suis avancé, justement, puis que je l’ai poussé, puis que j’ai mis Peter derrière moi, j’ai réalisé que Peter était coupé. En tournant ma tête, j’ai rien dit. Il m’a juste dit : [TRADUCTION] « T’en veux un coup? » Lui, il a sûrement pensé que je voulais l’attaquer pour qu’on lui saute dessus à deux. Mais moi, j’ai pas eu le temps de rien lui dire. [d.a., p. 1956-1957]

[42] Dans les circonstances, la participation volontaire de l’appelant à la bataille de rue rendait prévisible le comportement de la victime, qui a alors exhibé son arme (*Exacto*); dès lors, l’appelant ne saurait soutenir qu’il a été pris par surprise dans un tel contexte.

[43] Je suis d’avis que le juge d’instance devait apprécier l’ensemble des circonstances entourant les gestes commis par l’appelant lorsqu’il a poignardé la victime, afin de déterminer s’il existait des éléments de preuve vraisemblables, et, dans l’affirmative, il devait retenir les éléments les plus favorables à l’appelant.

[44] En l’espèce, la preuve ne permettait pas de conclure que les gestes de l’appelant avaient résulté d’une situation soudaine, inattendue, spontanée et imprévisible.

[45] J’ai souligné plus tôt que le juge du procès doit identifier la preuve susceptible d’étayer la vraisemblance des éléments objectifs et subjectifs de la défense de provocation.

[46] Même en tenant pour acquis que l’élément objectif est appuyé par la preuve, ce à quoi je ne peux conclure, c’est le volet subjectif qui, selon moi, décide du caractère vraisemblable ou non de la défense de provocation en l’espèce.

(2) Volet subjectif

[47] À l’instar du juge d’instance et des juges majoritaires de la Cour d’appel, je suis d’avis que

by the appellant that had an air of reality in light of the evidence was self-defence, since there is no credible evidence in the record that the appellant committed the murder in response to an act of provocation by the victim before his passion had cooled. On the contrary, the appellant testified that he had acted knowingly, with full knowledge of what he was doing, to defend himself out of fear that the victim might recover his weapon and attack him. He said:

[TRANSLATION]

A. Then, while I was protecting my face, I felt his body touch mine. That's when he dropped his weapon, his . . . his exacto knife. That's when I noticed that it was an exacto knife. But at the same time, my first thought was to not let him pick it up. Because he tried to pick it up. When he tried to pick it up, that's when I grabbed him by his sweater. I was able to take my knife. Then I stabbed him. [Emphasis added; A.R., at p. 1805.]

[48] The appellant's own statements made it impossible for the trial judge to find that the defence of provocation had an air of reality.

[49] The appellant said the following in cross-examination:

[TRANSLATION]

Q. . . . Was the state of shock, if I understand your answer, is it that you were mad?

A. Huh, mad . . . the thing is, I didn't really have time to get mad. I had time instead to . . . look, I didn't even have time to do anything really. I turned toward him, and he just said: "You want a piece of this?" Then he started slashing at me with his knife.

Q. I may be annoying here. If I am, I apologize, but . . .

A. No problem.

Q. . . . the shock, if I understand how you've defined it for us . . .

A. Uh-huh.

Q. . . . it's that you were mad . . .

la seule défense vraisemblable pour l'appelant à la lumière de la preuve était la légitime défense, puisqu'il n'existe au dossier aucune preuve plausible démontrant que l'appelant a commis le meurtre à la suite d'une provocation de la victime et avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. Au contraire, l'appelant a témoigné avoir agi sciemment, en toute connaissance de cause, dans le but de se défendre et par crainte que la victime ne reprenne son arme pour l'attaquer. Il a affirmé ce qui suit :

R. Puis, en me protégeant la figure, j'ai senti un contact de son corps avec mon corps. C'est là qu'il a échappé son affaire, son . . . son *Exacto*. C'est là que j'ai constaté que c'était un *Exacto*. Mais en même temps, ma première pensée à moi, c'était de pas le laisser le ramasser. Parce qu'il a essayé de le ramasser. Quand il a essayé de le ramasser, c'est là que moi, je l'ai pris par son chandail. J'ai pu prendre mon affaire. Puis, je l'ai poignardé. [Je souligne; d.a., p. 1805.]

[48] Vu les affirmations mêmes de l'appelant, il était impossible pour le juge d'instance de conclure au caractère vraisemblable de la défense de provocation.

[49] En contre-interrogatoire, l'appelant a déclaré :

Q. . . . Est-ce que l'état de choc, si je comprends votre réponse, c'est que vous étiez fâché?

R. Bof, fâché . . . il faut dire que j'ai pas eu le temps vraiment de me fâcher. J'ai plus eu le temps de . . . regarde, j'ai même pas eu le temps de rien faire exactement. Je me suis retourné vers lui, puis il m'a juste dit : [TRADUCTION] « T'en veux un coup? » Puis, il a commencé à swigner son affaire vers moi.

Q. Je vais peut-être être fatigant, puis je m'en excuse, mais . . .

R. Il y a pas de problème.

Q. . . . le choc, là, si je comprends la définition que vous nous avez donnée, . . .

R. Hu, hum.

Q. . . . c'est que vous avez été fâché . . .

- A. Yes.
- Q. . . . about what'd happened to your cousin?
- A. No. Of course I was. I was mad, because all kinds of feelings were mixed together. But at the same time, I was scared more than anything else. Because, like I told you, I'm only human. Also, there was a guy who was a lot bigger than me, and looked a lot older than me, who was attacking me, and who'd even attacked my cousin before me. So all that in me . . . what was in front of me, it still looked pretty clear to me that my life was in danger. [A.R., at pp. 1858-59]

[50] Later in his cross-examination, the appellant added the following:

[TRANSLATION]

- A. No. He attacked me.
- Q. Yes. I understand. But if we assume he attacked you, okay? After that, you continued the fight with him? You didn't back off, is that right?
- A. Well, as I explained to you, I didn't actually think of backing off, because it happened so fast, first of all. And second, he dropped it. And in my mind, there was no doubt he was gonna pick it up, but not to put it back in his pocket and say, "Okay, let's stop." He was gonna pick it up eventually to attack me.
- Q. Okay. So, if I understand your testimony, despite everything you did, despite the fact that you stabbed him several times, despite the fact that you attacked and then retreated, you're telling the Court that you never agreed to fight? Is that what you're . . .
- A. I . . .
- Q. . . . saying?
- A. . . . never said that. At one point, yes, I can tell you I had to defend myself. So when you defend yourself, in a way, you're consenting to fight. But at some point, since he had his weapon . . . he had his knife . . . his exacto knife in his hands, and I had my knife in my hands. But that doesn't mean that, because I had my knife in my hands, that I felt any safer.
- Q. That's not my question.

- R. Oui.
- Q. . . . de voir [ce] qui est arrivé à votre cousin?
- R. Non. C'est sûr que oui, je suis fâché parce que c'est plein d'émotions qui se mélangent. Mais en même temps, j'ai plus peur qu'autre chose. Parce que, comme je vous dis, je suis pas fait en bois. Puis, il y a quelqu'un qui est bien plus grand que moi, qui paraît bien plus vieux que moi, qui m'attaque et qui a attaqué mon cousin même avant. Donc tout ça en moi . . . qui est devant moi, c'est quand même assez convain[c]ant pour comprendre que ma vie, elle est en danger. [d.a., p. 1858-1859]

[50] Toujours en contre-interrogatoire, l'appellant a ajouté ceci :

- R. Non. Il est venu m'attaquer.
- Q. Oui. Je comprends. Mais si on prend pour acquis, il est venu vous attaquer, O.K.? Après ça, vous avez continué avec lui? Vous vous êtes retiré, vous, c'est exact?
- R. Bien, comme je vous ai expliqué, j'ai pas pensé justement à me retirer parce que ça s'est tellement fait vite, de un. Et de deux, il l'a échappé. Et dans ma tête à moi, c'est sûr qu'il allait le reprendre, pas pour le remettre dans sa poche, puis dire : « O.K. On arrête ça là. » Il allait le reprendre éventuellement pour m'attaquer.
- Q. O.K. Donc, si je comprends votre témoignage, malgré tous les faits que vous avez faits, malgré les coups de couteau que vous avez donnés, malgré le fait que vous avancez puis que vous reculez, vous dites à la Cour que vous avez jamais consenti à vous battre? Est-ce que c'est ça que vous êtes . . .
- R. J'ai . . .
- Q. . . . en train de dire?
- R. . . . jamais dit ça. À un moment donné, oui, je peux vous dire qu'il fallait que je me défende. Donc, quand tu te défends, en quelque part, tu es consentant à vouloir te battre. Mais à un certain moment donné, comme il avait son affaire . . . il avait son couteau . . . son *Exacto* dans ses mains, puis j'avais mon couteau dans mes mains. Mais ça veut pas dire que, parce que j'ai mon couteau dans mes mains, que je suis plus en sécurité.
- Q. C'est pas ça ma question.

A. Okay.

Q. My question is this: Did you agree at that time to fight with him?

. . . .

A. . . . it's sure that I ran to get there. So . . .

Q. Uh-huh.

A. . . . I saw where the two individuals were, given that I was not part of the altercation. But once I was in the alter . . . altercation, it's sure that at some point, I couldn't see the little details of things that were around me.

Q. When you in fact began . . . you saw it begin, this altercation, did you at any time see Peter Mumpereze stab Maxime Rushemeza?

A. No. [Emphasis added; A.R., at pp. 1957-59 and 1974.]

[51] Earlier, the appellant had said the following:

[TRANSLATION]

Q. . . . the way you defined it, its effect was that you didn't know what you were doing?

A. Sure I knew what I was doing, in the sense that . . . look, I saw what was going on. But . . .

Q. Uh-huh.

A. . . . at the same time, I . . . I didn't have time to figure anything out, like. I . . . it happened really fast, and it happened in a situation that was dangerous not only for me, but it could have been anybody.

Q. Okay. So if I understand correctly, your state of shock did not cause you to lose control? You knew what you were doing, Mr. Buzizi, according to your answer. [Emphasis added; A.R., at p. 1860.]

[52] In this case, I agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the appellant knew what he was doing when he stabbed the victim before the victim could pick up his weapon. He interfered, carrying a knife, in a fight he had seen from a certain distance without even knowing what his cousin's situation was. This was not a sudden, impulsive act in response to an act of provocation by the victim.

R. O.K.

Q. Ma question : est-ce que vous avez consenti à ce moment-là à vous battre avec lui?

. . . .

R. . . . c'est sûr que moi, je cours pour y aller. Donc . . .

Q. Hu, hum.

R. . . . je vois où est-ce que les deux individus sont, vu que moi, je suis à l'extérieur de l'altercation. Mais une fois que je suis dans l'alter . . . altercation, c'est sûr qu'à un certain moment donné, je peux pas voir les petits détails qu'il y a autour de moi.

Q. Quand, justement, vous commencez . . . vous voyez que ça commence, cette altercation-là, est-ce que vous avez, à un certain moment donné, vu Peter Mumpereze poignarder Maxime Rushemeza?

R. Non. [Je souligne; d.a., p. 1957-1959 et 1974.]

[51] Auparavant l'appelant avait déclaré :

Q. . . . comment vous l'avez défini, ça a fait en sorte que vous saviez pas ce que vous faisiez?

R. C'est sûr que je savais ce que je faisais, dans le sens que . . . regarde, je vois c'est quoi, la situation. Mais . . .

Q. Hu, hum.

R. . . . en même temps, j'ai . . . j'ai pas le temps de rien calculer, genre. Je . . . ça s'est fait vraiment vite, puis ça s'est fait dans une situation qui était dangereuse non seulement pour moi, mais ça aurait pu être n'importe qui.

Q. O.K. Donc, si je comprends bien, votre état de choc a pas fait en sorte que vous avez perdu la carte? Vous saviez ce que vous faisiez, Monsieur Buzizi, selon votre réponse? [Je souligne; d.a., p. 1860.]

[52] En l'espèce, tout comme le juge d'instance et la majorité de la Cour d'appel, je conclus que l'appelant savait ce qu'il faisait lorsqu'il a poignardé la victime avant qu'elle ne puisse récupérer son arme. Il s'est immiscé dans une bataille qu'il avait aperçue de loin, en ayant un couteau sur lui, sans même connaître l'état de son cousin. Il ne s'agissait pas d'un geste soudain et impulsif, découlant d'une provocation de la part de la victime.

[53] I adopt Doyon J.A.'s comments on this aspect of the case (at paras. 44-45):

[TRANSLATION] While saying that he was angry, the appellant also insisted that he was afraid. He gave no indication whatsoever that he had lost his self-control during the incident.

Provocation and self-defence are not necessarily mutually exclusive or incompatible in every case. However, there are situations in which, by the admission of the accused persons themselves, there is no evidence of an impulsive reaction before they were able to control their passion. In my view, this is one such case. This conclusion could be avoided only by ignoring the appellant's explanations and assessing the evidence on the basis of the objective standard alone, which is clearly inappropriate. We cannot project ourselves into the appellant's mind and consider the evidence on the basis of our own hypothetical reactions. The trial judge must consider the evidence, not his or her opinion on what might have happened. And that is what he did. [Emphasis added.]

[54] In this case, the appellant's conduct — as revealed by the evidence — was compatible only with self-defence, a defence the jury clearly rejected. This Court dealt with a similar situation in *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008:

It will be recalled that the appellant did not raise the defence of provocation at trial but relied on self-defence. It may be observed here that at no time did the appellant say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events goes far to negate any suggestion of provocation. His evidence reveals an attack, described clearly and with some detail, to which he reacted, not on the sudden, but by defending himself. When, according to his evidence, he saw the deceased put his hand inside his sweater, he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. This describes a calculated and rational series of defensive acts, not a sudden reaction in the heat of passion. [p. 1022]

[55] The reasons of my colleague Fish J. are based essentially on a parallel he draws with *R. v. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1. With respect, I find that the conclusions reached in that case were based on a specific set of facts, which

[53] Je fais miens les propos du juge Doyon sur cet aspect du dossier (par. 44-45) :

Tout en disant être fâché, l'appelant insiste pour dire qu'il ressent de la peur. Il n'indique aucunement qu'il perd la maîtrise de lui-même pendant l'événement.

La provocation et la légitime défense ne sont pas nécessairement exclusives ou incompatibles dans tous les cas. Il y a cependant des situations où, de l'aveu même de l'accusé, il n'y a aucune preuve de réaction impulsive avant d'avoir pu reprendre son sang-froid. J'estime que c'est le cas ici, à moins d'ignorer ses explications et d'examiner la preuve selon la seule norme objective, ce qui ne doit évidemment pas être fait. Nous ne pouvons nous projeter dans l'esprit de l'appelant et considérer la preuve selon nos propres réactions hypothétiques. Le juge du procès doit tenir compte de la preuve et non de son opinion sur ce qui aurait pu survenir. C'est ce qu'il a fait. [Je souligne.]

[54] Dans le cas qui nous occupe, le comportement de l'appelant — tel que révélé par la preuve — participait uniquement de la légitime défense, théorie que le jury a de toute évidence rejetée. Une situation similaire a été décidée par notre Cour dans l'affaire *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008 :

On se rappellera que l'appelant n'a pas soulevé la défense de provocation au procès mais s'est appuyé sur la légitime défense. On peut faire remarquer ici que l'appelant n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression, décrite clairement et en détail, à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant. Quand, selon son témoignage, il a vu la victime mettre la main à l'intérieur de son gilet, il a pensé qu'elle cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Ceci décrit une série d'actes défensifs rationnels et calculés, non une réaction impulsive dans un accès de colère. [p. 1022]

[55] Les motifs de mon collègue, le juge Fish, s'appuient essentiellement sur le parallèle qu'il fait avec l'arrêt *R. c. Gill*, 2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1. Avec égards, j'estime que les conclusions énoncées dans cet arrêt reposent sur une trame

means that any comparison would be shaky in the circumstances.

[56] In my opinion, the principles laid down by this Court in *Olbey* and in *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, should prevail. In *Faid*, the Court made the following comments:

There can be no doubt that a reasonable jury acting judicially could find a blow to the head or a knife attack to be a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 215(3). Provocation no doubt existed here but that is not the end of the inquiry. The critical question to be answered in this case was whether there was any evidence that Faid was provoked. Was there any evidence of passion or that he “acted upon” the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool? We have only his evidence on the point and nowhere in that evidence does one find any suggestion that as a result of the blows or other conduct of Wilson he was enraged, or that his passions were inflamed, or that he killed in heat of blood. [Emphasis added; p. 278.]

[57] It is clear that the appellant in the case at bar was aware of everything he did. He had the opportunity to come to his senses, if he had in fact taken leave of them. Noticing that the victim had momentarily dropped his weapon, the appellant deliberately stabbed him to keep him from picking it up again.

[58] To determine whether a defence meets the air of reality test, the trial judge must consider *the totality* of the evidence in the record and assume the evidence relied on by the accused to be true (*Cinous*, at para. 53). I agree with Doyon J.A. that the trial judge was correct to assess the evidence not solely on an objective basis, but taking the appellant’s point of view and the explanations he gave into account in light of all his testimony.

[59] Both the appellant and other eyewitnesses maintained that he had acted in a context in which he was experiencing a number of different emotions.

[60] Nevertheless, the strong emotions experienced by the appellant, whether they resulted from anger

factuelle spécifique, qui rend toute comparaison boiteuse dans les circonstances.

[56] Selon moi, les enseignements de notre Cour dans les affaires *Olbey* et *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, doivent prévaloir. Dans ce dernier arrêt, la Cour a formulé les observations suivantes :

Il ne fait pas de doute qu’un jury raisonnable agissant judiciairement pouvait conclure qu’un coup à la tête ou une attaque au couteau constitue une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère énoncés au par. 215(3). Il y a sans doute eu provocation en l’espèce, mais la réflexion ne s’arrête pas là. La question vitale à trancher ici est de savoir s’il existait une preuve indiquant que Faid a été provoqué. Existait-il des preuves d’un accès de colère ou de ce que Faid « a agi » sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? Sur ce point nous n’avons que son témoignage et rien dans ce témoignage n’indique que les coups ou toute autre conduite de Wilson l’ont mis en rage ou l’ont rendu furieux ni qu’il a tué dans un accès de colère. [Je souligne; p. 278.]

[57] À l’évidence, l’appellant au présent dossier était conscient de tous les gestes qu’il a posés. Il a eu l’occasion de reprendre ses sens, si tant est qu’il les avait perdus. Constatant que la victime avait momentanément perdu la possession de son arme, il l’a poignardée volontairement afin d’éviter qu’elle ne la récupère.

[58] Pour déterminer si un moyen de défense répond au critère de la vraisemblance, le juge du procès doit examiner *l’ensemble* de la preuve au dossier et tenir pour véridiques les éléments de preuve produits par l’accusé (*Cinous*, par. 53). Tout comme le juge Doyon, je suis d’avis que le juge du procès a eu raison d’apprécier la preuve non pas sur une base uniquement objective, mais en tenant compte du point de vue de l’appellant et des explications avancées par ce dernier eu égard à l’ensemble de son témoignage.

[59] L’appellant et d’autres témoins oculaires ont prétendu que celui-ci a agi dans un contexte où plusieurs émotions l’envahissaient.

[60] Néanmoins, les émotions fortes vécues par l’appellant — qu’elles aient résulté de la colère ou de la

or from fear, were not necessarily contingent upon the existence of a state of provocation. As a result, the fact that he experienced them is not on its own sufficient to prove that he was provoked. The appellant's emotional state must be understood in the context of a drunken street brawl that took place early in the morning.

[61] This aspect of the case was correctly assessed by Doyon J.A., who wrote the following for the majority of the Court of Appeal (at paras. 50-52):

[TRANSLATION] The appellant was in shock. That is understandable, but it is not enough. Any person in the same situation would be in shock. The question to ask is instead: Did the provocation cause him to act on the sudden and before there was time for his passion to cool? The answer to this question is no.

The loss of control of which he spoke related primarily to the situation, over which he had no control, and not to his emotions or to his passion that had allegedly been inflamed. On the contrary, he said that he knew what he was doing and that he had to stab the victim before the victim picked his weapon up. The limited time to think is typical of self-defence, and all this evidence provides ample justification for the trial judge's decision.

In short, there is an allegation of self-defence here that precludes any defence of provocation.

B. *Privileged Position of the Trial Judge in Applying the Air of Reality Test*

[62] The important role of the trial judge should be borne in mind. The judge must decide whether there is evidence capable of supporting a defence raised by the accused. This is not an arbitrary exercise, as the judge must carefully review the record in order to identify evidence that, if believed by a properly instructed jury, could lead the jury to accept the defence's theory.

[63] It would of course be possible for the trial judge to put to the jury all the defences raised by the accused, even the most frivolous ones, in the hope that the jury, in its wisdom, would disregard those that could not stand. But that is not the judge's role. The judge must put to the jury only those defences

crainte — n'étaient pas nécessairement tributaires de l'existence d'un état de provocation. En conséquence, la simple présence de ces émotions n'est pas suffisante pour prouver l'existence de la provocation. En l'espèce, l'état émotionnel de l'appelant participe d'un contexte de bataille de rue aux petites heures du matin, entre personnes intoxiquées par l'alcool.

[61] Cet aspect du dossier a été correctement apprécié par le juge Doyon qui, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a écrit ceci (par. 50-52) :

L'appelant est sous le choc. On peut le comprendre, mais cela ne suffit pas. Toute personne confrontée à ces événements le serait. La question est plutôt celle-ci : à cause de la provocation, a-t-il agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? La réponse est non.

La perte de contrôle dont il parle se rattache principalement à la situation, qu'il ne contrôlait pas, et non à ses émotions ou au sang-froid qu'il aurait perdu. Au contraire, dit-il, il savait ce qu'il faisait et cela nécessitait qu'il poignarde la victime avant qu'elle récupère son arme. Le peu de temps pour réfléchir est typique de la légitime défense et toute cette preuve justifie amplement la décision du juge de première instance.

En somme, il y a ici allégation de légitime défense qui exclut toute défense de provocation.

B. *La position privilégiée du juge du procès dans l'appréciation du critère de la vraisemblance*

[62] Il convient de rappeler le rôle important qu'assume le juge d'instance. En effet, ce dernier doit décider s'il existe des éléments de preuve qui peuvent appuyer un moyen de défense invoqué par l'accusé. Il ne s'agit pas d'un exercice arbitraire et cette décision doit procéder d'une recherche sérieuse d'éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par un jury bien instruit en droit, pourraient amener ce dernier à adhérer à la thèse avancée par la défense.

[63] Il serait bien sûr loisible au juge du procès de soumettre aux membres d'un jury toutes les défenses invoquées par un accusé, même les plus frivoles, en espérant que ceux-ci, dans leur sagesse, sauront écarter celles qui sont irrecevables. Ce n'est cependant pas là son rôle, car il ne doit soumettre au

that have an air of reality and are capable of being accepted by the jury. This Court made this point in *Cinous* (at paras. 82-83):

We conclude that the authorities after *Pappajohn* continue to support a two-pronged question for determining whether there is an evidential foundation warranting that a defence be put to a jury. The question remains whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true. The second part of this question can be rendered by asking whether the evidence put forth is reasonably capable of supporting the inferences required to acquit the accused. This is the current state of the law, uniformly applicable to all defences.

. . . There is no authority for a threshold that could be satisfied by pointing to evidence that is incapable of reasonably supporting the inferences necessary to acquit an accused. Before putting a defence to a jury, it is the trial judge's duty to ask not just whether there is evidence in some general sense, but whether there is evidence that is reasonably capable of supporting an acquittal. This requires an assessment of whether the evidence relied upon is reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed. [Emphasis in original.]

[64] In her dissenting reasons in the Court of Appeal — which my colleague endorses — Bich J.A. referred to the air of reality as a minimal one to justify her decision to order a new trial. There is no minimal air of reality test in Canadian law. A defence either has an air of reality or does not have one. Using a qualifier such as “minimal” here would seem instead to indicate a serious doubt or a certain unease regarding the sufficiency of the evidence supporting the appellant's defence of provocation.

[65] In light of this unease related to the weakness of the evidence, even if the test of correctness is applied to the trial judge's decision, an appellate court must bear in mind that the trial judge, who saw and heard the witnesses, is in the best position

jury que les défenses vraisemblables, susceptibles d'entraîner l'adhésion de ce dernier. Notre Cour le rappelle dans l'arrêt *Cinous* (par. 82-83) :

Nous concluons que la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Pappajohn* continue d'appuyer le recours à une question à deux volets pour déterminer si un moyen de défense a un fondement probant qui justifie de le soumettre à l'appréciation d'un jury : existe-t-il (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi? Le deuxième volet de la question peut être formulé comme suit : la preuve offerte est-elle raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour acquitter l'accusé? Tel est l'état actuel du droit, qui s'applique uniformément à tous les moyens de défense.

. . . La jurisprudence n'appuie pas l'existence d'une norme à laquelle on pourrait satisfaire en indiquant l'existence d'une preuve non susceptible d'étayer raisonnablement les inférences requises pour acquitter l'accusé. Pour pouvoir soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, le juge du procès ne doit pas seulement se demander s'il existe une preuve au sens général; il doit vérifier s'il existe une preuve raisonnablement susceptible d'étayer un verdict d'acquittement, ce qui l'oblige à se demander si la preuve produite est raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu. [Soulignement dans l'original.]

[64] Dans son opinion minoritaire en Cour d'appel — à laquelle souscrit mon collègue — la juge Bich se réfère au caractère minimal de la vraisemblance pour justifier sa décision d'ordonner un nouveau procès. Le critère de la vraisemblance minimale n'existe pas en droit canadien. Ou bien un moyen de défense est vraisemblable ou bien il ne l'est pas. L'utilisation d'un qualificatif tel que minimal, en l'espèce, témoigne plutôt de l'existence de doutes sérieux ou d'un certain inconfort quant à la suffisance des éléments de preuve appuyant la thèse de la provocation invoquée par l'appelant.

[65] Devant un tel inconfort lié à la précarité de la preuve et même si la décision du juge d'instance est soumise au critère de la décision correcte, les tribunaux d'appel doivent se rappeler que le juge d'instance, qui a vu et entendu les témoins, jouit

to determine whether the evidence that is capable of supporting the necessary inferences is credible. This is especially true in a case such as the one at bar in which it is considered necessary to mention that the air of reality of the defence is minimal.

III. Conclusion

[66] Since there was no evidence that would be reasonably capable of supporting the objective and the subjective elements of the defence of provocation, that defence did not meet the air of reality test, and a properly instructed jury could not have accepted it. The trial judge therefore did not err in refusing to put the defence of provocation to the jury. The Court of Appeal was right to dismiss the appeal.

[67] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal allowed, LEBEL and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Clément Monterosso, Outremont; Larouche & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

d'une position privilégiée pour déterminer le caractère vraisemblable des éléments de preuve susceptibles d'étayer les inférences requises. Cela est d'autant plus indiqué, dans un cas comme en l'espèce, où l'on a senti le besoin de se référer au caractère minimalement vraisemblable de la défense invoquée.

III. Conclusion

[66] Vu l'absence d'éléments de preuve raisonnablement susceptibles d'étayer les volets objectif et subjectif de la défense de provocation, cette dernière ne répondait pas au critère de la vraisemblance et un jury bien instruit en droit n'aurait pu y adhérer. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en refusant de soumettre cette défense à l'appréciation des membres du jury. La Cour d'appel a eu raison de rejeter le pourvoi.

[67] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel et confirmerais la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et WAGNER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Clément Monterosso, Outremont; Larouche & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2013 Vol. 2

2^e cahier, 2013 Vol. 2

Cited as [2013] 2 S.C.R. 269-558

Renvoi [2013] 2 R.C.S. 269-558

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 / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	SÉBASTIEN LAFRANCE	IDA SMITH
JANICE CHENEY	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH
MONIQUE DELORME		ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre 357

Torts — Negligence — Causation — Health law — Consent to care — Failure to inform — Plaintiffs alleging defendants were negligent in failing to obtain informed consent to vaginal birth after caesarean section or to prostaglandin induction and in failing to attend to plaintiff — Plaintiffs alleging lack of proper care resulted in ruptured uterus and son born with brain damage — Whether trial judge's conclusion on liability of various defendants disclose palpable errors of fact or legal errors and should be set aside.

Judgments and orders — Reasons — Trial judge delivering reasons for judgment consisting of reproduction of plaintiffs' written submissions — Whether trial judge's decision should be set aside because reasons for judgment incorporated large portions of material prepared by others.

Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd. 458

Labour relations — Arbitration — Collective agreements — Management rights — Privacy — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees — Whether unilaterally implementing random testing policy a valid exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether employer could unilaterally implement policy absent reasonable cause or evidence of workplace alcohol abuse.

Administrative law — Judicial review — Standard of review of labour arbitration board's decision — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees holding safety-sensitive positions — Whether arbitration board's decision that harm to employees' privacy outweighed policy's benefits to employer was reasonable.

Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada 336

Taxation — Income tax — Proceeds of disposition — Sale of forest tenures — Reforestation obligations imposed on forest tenures — Value of reforestation obligations not included in vendor's proceeds of disposition for tax purposes — Whether reforestation obligations should be included in vendor's proceeds of disposition for tax purposes — Whether reforestation obligations are distinct debts — Whether reforestation obligations are contingent liabilities — Whether contracting parties agreeing to

Continued on next page

SOMMAIRE

Cojocar c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre 357

Responsabilité délictuelle — Négligence — Lien de causalité — Droit de la santé — Consentement à des soins — Défaut d'informer — Demandeurs alléguant la négligence des défendeurs pour ne pas avoir obtenu le consentement éclairé à un accouchement vaginal après césarienne ou au déclenchement du travail avec de la prostaglandine et pour ne pas s'être occupés de la demanderesse — Demandeurs alléguant que le manque de soins adéquats a causé une rupture utérine et des dommages cérébraux au nouveau-né — La conclusion du juge de première instance sur la responsabilité des différents défendeurs doit-elle être annulée en raison d'erreurs de fait manifestes ou d'erreurs de droit?

Jugements et ordonnances — Motifs — Motifs du juge de première instance composés d'extraits des prétentions écrites des demandeurs — La décision du juge de première instance doit-elle être annulée parce que ses motifs incorporent de larges extraits de documents préparés par d'autres?

Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada 336

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Produit de disposition — Vente de tenures forestières — Tenures forestières assorties d'obligations de reboisement — Valeur des obligations relatives au reboisement non incluse dans le produit de disposition du vendeur aux fins de l'impôt — Les obligations relatives au reboisement doivent-elles être incluses dans le produit de disposition du vendeur aux fins de l'impôt? — Les obligations relatives au reboisement constituent-elles des dettes distinctes? — Les obligations relatives au reboisement constituent-elles des obligations éventuelles? — La valeur précise attribuée par les parties contractantes aux obligations futures relatives au reboisement est-elle pertinente aux fins de l'impôt? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 13(21).

Nishi c. Rascal Trucking Ltd. 438

Fiducies — Fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat — Utilisation par l'appelant des fonds reçus de l'intimée pour acheter une propriété en son propre nom — Fonds représentant une somme d'argent contestée due à un tiers — La fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat doit-elle être abolie dans les opérations commerciales en faveur des principes de l'enrichissement injustifié? — Un transfert de fonds est-il fait à titre gratuit s'il constitue l'acquiescement d'une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

specific value for future reforestation obligations relevant for tax purposes — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 13(21).

Nishi v. Rascal Trucking Ltd. 438

Trusts — Purchase money resulting trust — Appellant using funds received from respondent to purchase property in appellant's own name — Funds representing disputed monies owed to third party — Whether purchase money resulting trust should be abolished in commercial transactions in favour of unjust enrichment principles — Whether a transfer is gratuitous when it constitutes the discharge of a legal and moral obligation to a third party — Whether a proportionate interest in the property is acquired where the transferor attempted, but failed to secure the title holder's agreement to an interest in the property — Whether presumption of resulting trust was rebutted.

R. v. A.D.H. 269

Criminal law — Child abandonment — Mens rea — Accused gave birth in washroom at retail store and left newborn in toilet — Accused testified that she had not realized she was pregnant and that she believed child was born dead — Acquittal entered — Whether fault element is subjective or objective — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 214 “abandon” or “expose”, 218.

R. v. Baldree 520

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Drug purchase call — Implied Assertions — Implied assertion tendered for the truth of its contents — Applicability of hearsay rule — Purposive approach — Principled analysis of its necessity and reliability.

R. v. Gauthier 403

Criminal law — Defences — Charge to jury — Defences that are incompatible in theory — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Whether it was appropriate to exclude defence of abandonment from defences put to jury on basis that it was incompatible with defence's principal theory, absence of mens rea.

Criminal law — Defences — Abandonment — Participation in crime — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Essential elements of defence of abandonment in context of forms of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

obligation légale et morale envers un tiers? — L'auteur du transfert de fonds qui a tenté, sans succès, d'obtenir que le titulaire du titre lui concède un intérêt dans la propriété acquiert-il dans la propriété un intérêt au prorata de la somme transférée? — La présomption de fiducie résultative a-t-elle été réfutée?

R. c. A.D.H. 269

Droit criminel — Abandon d'enfant — Mens rea — Accouchement dans les toilettes d'un magasin à rayons et nouveau-né laissé dans la cuvette — Témoignage de l'accusée selon lequel elle ignorait être enceinte et elle avait cru l'enfant mort-né — Acquittement de l'accusée — L'existence de l'élément de faute doit-elle être déterminée subjectivement ou objectivement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 214 « “abandonner” ou “exposer” », 218.

R. c. Baldree 520

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Commande téléphonique de drogue — Affirmations implicites — Affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu — Application de la règle du oui-dire — Cadre d'analyse raisonnée — Application de la méthode d'analyse raisonnée pour déterminer la nécessité et la fiabilité de la preuve.

R. c. Gauthier 403

Droit criminel — Moyens de défense — Exposé au jury — Défenses incompatibles en théorie — Accusée inculpée d'avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l'accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — La défense de renonciation devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l'appréciation du jury en raison de son caractère incompatible avec la thèse principale de la défense, soit l'absence d'intention coupable?

Droit criminel — Moyens de défense — Renonciation — Participation criminelle — Accusée inculpée d'avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l'accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — Éléments essentiels à l'existence d'une défense de renonciation dans le contexte de la participation criminelle prévue aux par. 21(1) et 21(2) du Code criminel — La défense de renonciation invoquée par l'accusée répondait-elle au critère de la vraisemblance?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

participation in crime provided for in s. 21(1) and s. 21(2) of Criminal Code — Whether defence of abandonment raised by accused met air of reality test.

R. v. Ibanescu 400

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Section 258(1)(d.1) of Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyser reading above 80 mg of alcohol per 100 mL of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Evidence placing appellant's blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether "straddle evidence" can rebut statutory presumption.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Ibanescu 400

Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — L'article 258(1)d.1) du Code criminel précise que, en l'absence de preuve à l'effet contraire, si l'alcootest indique une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang ce résultat fait foi d'une alcoolémie supérieure à la limite légale au moment de la conduite du véhicule — Existence de preuve situant l'alcoolémie de l'appelant dans une fourchette chevauchant la limite légale lorsque ce dernier conduisait — Cette « preuve de chevauchement » peut-elle réfuter la présomption légale?

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier

Irving, Ltée 458

Relations du travail — Arbitrage — Conventions collectives — Droits de la direction — Protection de la vie privée — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés — La mise en œuvre unilatérale d'une politique de tests aléatoires constitue-t-elle un exercice valide des droits de la direction de l'employeur prévus par une convention collective? — L'employeur peut-il mettre en œuvre unilatéralement une politique sans motif raisonnable ou preuve démontrant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision d'un conseil d'arbitrage — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés occupant un poste à risque — La décision du conseil d'arbitrage selon laquelle l'atteinte à la vie privée des employés l'emporte sur les avantages qu'offre la politique à l'employeur est-elle raisonnable?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

A.D.H. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. A.D.H.

2013 SCC 28

File No.: 34132.

2012: October 11; 2013: May 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Child abandonment — Mens rea — Accused gave birth in washroom at retail store and left newborn in toilet — Accused testified that she had not realized she was pregnant and that she believed child was born dead — Acquittal entered — Whether fault element is subjective or objective — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 214 “‘abandon’ or ‘expose’”, 218.

The accused, not previously knowing that she was pregnant, gave birth while using the toilet in a retail store. Thinking the child was dead, she cleaned up as best she could and left, leaving the child in the toilet. The child was in fact alive, was quickly attended to by others and transported to the hospital where he was successfully resuscitated and found to be completely healthy. The accused was eventually identified as the woman seen entering and leaving the washroom at the time in question. When contacted by police, she cooperated fully and confirmed that she was the mother of the child. She was charged with unlawfully abandoning a child under the age of 10 years old and thereby endangering his life contrary to s. 218 of the *Criminal Code*.

The trial judge noted that the accused acknowledged that she had left her child in the toilet, thereby committing the *actus reus* of the s. 218 offence. As for the *mens rea*, the trial judge decided that subjective fault

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

A.D.H. *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. A.D.H.

2013 CSC 28

N° du greffe : 34132.

2012 : 11 octobre; 2013 : 17 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Abandon d’enfant — Mens rea — Accouchement dans les toilettes d’un magasin à rayons et nouveau-né laissé dans la cuvette — Témoignage de l’accusée selon lequel elle ignorait être enceinte et elle avait cru l’enfant mort-né — Acquiescement de l’accusée — L’existence de l’élément de faute doit-elle être déterminée subjectivement ou objectivement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 214 « “abandonner” ou “exposer” », 218.

L’accusée, qui ignorait auparavant être enceinte, a accouché pendant qu’elle utilisait les toilettes d’un magasin à rayons. Croyant l’enfant mort-né, elle a nettoyé la cabine de son mieux, puis elle est partie en laissant l’enfant dans la cuvette. Or, ce dernier était vivant, et des gens se sont rapidement occupés de lui. Conduit à l’hôpital, il a été réanimé et déclaré en bonne santé. On a ultérieurement déterminé que l’accusée était la femme qu’on avait vue entrer aux toilettes puis en sortir au moment des faits. Jointe par les policiers, l’accusée a collaboré sans réserve et a confirmé être la mère de l’enfant. Elle a été accusée d’avoir illicitement abandonné un enfant de moins de 10 ans et d’avoir ainsi mis sa vie en danger, contrairement à l’art. 218 du *Code criminel*.

Le juge du procès a relevé que l’accusée avait reconnu avoir laissé l’enfant aux toilettes, de sorte qu’elle avait ainsi commis l’*actus reus* de l’infraction prévue à l’art. 218. Quant à la *mens rea*, il a déterminé que la faute

was required and found that the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that the accused intended to abandon her child. She had not known she was pregnant and truly believed she had delivered a dead child. Her fear and confusion explained her subsequent behaviour. The trial judge accordingly found the accused not guilty and dismissed the charge. The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 218 of the *Criminal Code* requires subjective fault.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The text of s. 218 of the *Criminal Code* does not expressly set out a fault requirement, but when read in light of its full context, it supports the conclusion that subjective fault is required. An important part of the context in which we must interpret s. 218 is the presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element. There is nothing in the text or context of the child abandonment offence to suggest that Parliament intended to depart from requiring subjective fault. The text, scheme and purpose of the provision support this conclusion, and to the extent that Parliament's intent is unclear, the presumption of subjective fault ought to have its full operation in this case. The legislative evolution of the child abandonment offence is, if anything, more supportive than not of this conclusion.

There is no doubt that the purpose of the abandonment offence is the protection of children from risk even when no harm occurs. Viewed in the light of the broad scope of potential liability under s. 218 of the *Criminal Code*, the requirement for subjective fault serves an important purpose of ensuring that the reach of the criminal law does not extend too far. While the conduct and people that fall within s. 218 are broadly defined, the requirement for subjective fault ensures that only those with a guilty mind are punished.

The words “abandon”, “expose” and “wilful” all suggest a subjective fault requirement. The first two of these words involve more than just leaving a child alone or failing to take care of it: they denote awareness of the risk involved and, as defined in s. 214 of the *Criminal Code*, they suggest a requirement for knowledge of the consequences flowing from the prohibited acts of abandonment or exposure. As for the word “wilful”, it is used only in the non-exhaustive definition of the words

devoir être subjective et a statué que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusée avait eu l'intention d'abandonner son enfant. Elle ne se savait pas enceinte et avait sincèrement cru avoir donné naissance à un enfant mort-né. Sa frayeur et son effarement expliquaient son comportement après l'accouchement. Le juge du procès a donc déclaré l'accusée non coupable et rejeté l'accusation pesant contre elle. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont convenu avec lui que la faute devait être subjective pour l'application de l'art. 218 du *Code criminel*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Le texte de l'art. 218 du *Code criminel* ne précise pas la nature de la faute requise, mais interprété dans son contexte global, il permet de conclure que la faute doit être subjective. L'un des volets importants du contexte dans lequel il faut interpréter l'art. 218 consiste dans le vœu présumé du législateur qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective. Nul élément du texte ou du contexte de la disposition relative à l'abandon d'enfant ne permet de conclure que le législateur a voulu écarter cette présomption, ce que confirment le libellé et l'objectif de la disposition, ainsi que le régime législatif dans lequel elle s'inscrit. Dans la mesure où l'intention du législateur n'est pas claire, la présomption selon laquelle la faute doit être subjective doit s'appliquer sans réserve en l'espèce. À la limite, l'évolution de la disposition qui crée l'infraction d'abandon d'enfant étaye plutôt cette conclusion.

Il ne fait aucun doute que le législateur a créé l'infraction d'abandon afin de protéger les enfants contre le risque de préjudice, que ce risque se réalise ou non. Vu la grande portée de la responsabilité susceptible de découler de l'art. 218 du *Code criminel*, l'exigence d'une faute subjective joue un rôle important en faisant en sorte que le droit criminel n'ait pas une portée excessive. Bien que les actes et les personnes visés par cet article soient définis de manière générale, l'application d'une norme subjective fait en sorte que seule soit punie la personne ayant un état d'esprit coupable.

Les termes « abandonner », « exposer » et « volontaire » supposent tous que la faute doit être appréciée subjectivement. Les deux premiers ne s'entendent pas seulement du fait qu'une personne laisse un enfant seul ou n'en prend pas soin, mais supposent qu'elle a aussi conscience du risque couru et, suivant la définition qui figure à l'art. 214 du *Code criminel*, qu'elle agit en étant consciente des conséquences de l'acte d'abandon ou d'exposition prohibé. En ce qui concerne le mot « *wilful* »

“abandon” and “expose” in relation to omissions, and a wilful omission is the antithesis of a crime involving a mere failure to act in accordance with some minimum level of behaviour. Likewise, the use of the word “likely” in both ss. 214 and 218 does not suggest an objective fault requirement given that it is simply aimed at criminalizing the creation of risk.

Conversely, what is absent from the text of s. 218 of the *Criminal Code* and the broader scheme in which it appears strongly suggest that subjective fault is required. The text of the child abandonment provision does not contain any of the language typically employed by Parliament when it intends to create an offence of objective fault. The prohibition applies to everyone, not just to a particular group engaged in a regulated activity or standing in a particular, defined relationship with the alleged victim. Nothing in the text suggests an intention to impose a minimum and uniform standard of care. There are no references in the text to “dangerous”, “careless” or “reasonable” conduct or any requirement to take “reasonable precautions”. There is no predicate offence and no actual harm is required by the provision, and it does not create, define or impose a duty to do anything other than in the sense that all criminal offences could be considered to create a duty not to commit them. While failure to perform a duty imposed by law on persons in particular relationships is the essence of the necessities of life offence created by s. 215, this is not at all the case with respect to the child abandonment offence under s. 218.

The text, context and purpose of s. 218 of the *Criminal Code* show that subjective fault is required. It follows that the trial judge did not err in acquitting the respondent on the basis that this subjective fault requirement had not been proved. The Court of Appeal was correct to uphold the acquittal.

Per Rothstein and Moldaver JJ.: Section 218 is child protection legislation. It targets three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury. A common sense approach dictates that the offence is duty-based and that penal negligence is the level of fault required to establish guilt as regards the proscribed consequences. Further support for this view is found in a review of the provision’s language, its placement in the

employé dans la version anglaise, il ne figure que dans la définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « exposer » pour qualifier l’omission, et l’omission qui peut être qualifiée de « *wilful* » est à l’antithèse du crime qui consiste seulement dans l’inobservation d’une norme de comportement minimale. De même, l’emploi des mots « pouvant l’exposer » à l’art. 214 et « exposée à l’être » à l’art. 218 n’emporte pas l’application d’une norme objective pour établir l’élément de faute, son but étant seulement de criminaliser la création d’un risque.

À l’inverse, l’absence de certains termes dans le libellé de l’art. 218 du *Code criminel* et dans le régime législatif auquel il appartient tend sérieusement à indiquer que la faute doit être prouvée selon une norme subjective. Le libellé de la disposition relative à l’abandon d’enfant ne renferme aucun des termes dont se sert habituellement le législateur pour créer une infraction dont la perpétration exige une faute objective. L’interdiction est faite à quiconque, et non seulement à un groupe donné se livrant à une activité réglementée ou ayant un lien précis et défini avec la victime alléguée. Aucun élément du libellé ne donne à penser que le législateur a voulu imposer une norme de diligence minimale d’application uniforme. Nulle mention n’est faite d’un comportement « dangereux », « négligent » ou « raisonnable », ou de l’obligation de prendre des « précautions raisonnables ». Il n’y a pas d’infraction sous-jacente, et nul préjudice réel n’est requis. La disposition ne crée, ne définit et n’impose rien au-delà de l’obligation, commune à toutes les infractions criminelles, de ne pas commettre l’acte prohibé. Si l’essence même de l’infraction créée à l’art. 215 réside dans l’omission d’une personne de remplir l’obligation qui lui incombe légalement vis-à-vis d’une personne ayant un lien particulier avec elle, ce n’est pas du tout le cas de l’infraction d’abandon d’enfant que prévoit l’art. 218.

Le libellé, le contexte et l’objet de l’art. 218 du *Code criminel* militent en faveur du caractère subjectif de la faute requise, de sorte que le juge du procès n’a pas eu tort d’acquitter l’intimée au motif qu’une telle faute n’avait pas été prouvée. La Cour d’appel a eu raison de confirmer l’acquiescement.

Les juges Rothstein et Moldaver : L’article 218 a pour objet la protection des enfants. Il vise trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. Il appert d’une démarche axée sur le bon sens que l’infraction est fondée sur une obligation et que la négligence pénale correspond au degré de faute requis pour établir la culpabilité à l’égard des conséquences prohibées.

Criminal Code, relevant scholarly opinion, its legislative evolution and history and the gravity and social stigma associated with the offence.

Once it is accepted that in enacting s. 218 Parliament intended to guard against dangerous conduct that any reasonable person would foresee is likely to endanger a child's life or expose it to permanent injury, common sense suggests that Parliament would not provide accused persons with a host of defences based on their individual characteristics. Doing so would effectively defeat the provision's purpose of imposing a societal minimum standard of conduct, since crimes of subjective fault require an assessment of personal characteristics to the extent that they tend to prove or disprove an element of the offence.

The recognition that s. 218 sweeps within its ambit persons who are already duty-bound to protect a child leads to the central difficulty with holding that s. 218 is, in its entirety, a subjective *mens rea* offence. If the great bulk of people to whom the provision applies have a pre-existing and ongoing legal duty to take charge of children who fall below the age of 10, it hardly seems reasonable that they should be judged against a subjective *mens rea* standard when the very same people who run afoul of the duty-based provision next door (s. 215 (failure to provide necessities)) are judged on a penal negligence standard in light of this Court's decision in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122. The result would be a double standard — an objective standard under s. 215 and a subjective standard under s. 218 — for provisions that serve similar, if not identical, purposes.

Section 218 can be read purposefully and harmoniously, such that it applies only to persons who are cloaked with a duty, whether pre-existing and ongoing or situational, to protect a particular child under the age of 10 from death or permanent injury, all of whom are properly subject to an objective standard with respect to the consequences element of s. 218. The s. 214 definition should be restricted in scope as applying only to persons falling into the following three categories: (1) those with a pre-existing and ongoing legal duty to the child; (2) those who come to the aid of the child who is or is likely to be at risk of death or permanent injury, and;

Le libellé de la disposition, son emplacement dans le *Code criminel*, les articles de doctrine s'y rapportant, son évolution et son historique, ainsi que la gravité du crime qu'elle prévoit et la stigmatisation sociale qui y est associée appuient cette conclusion.

Une fois qu'on reconnaît que, en adoptant l'art. 218, le législateur a voulu prévenir le comportement dangereux qui, aux yeux de toute personne raisonnable, est susceptible de mettre la vie d'un enfant en danger ou d'exposer l'enfant à un préjudice permanent, le bon sens veut que le législateur n'ait pas voulu mettre à la disposition de l'accusé une multitude de moyens de défense fondés sur ses caractéristiques personnelles. En effet, une telle mesure irait à l'encontre de l'objectif de la disposition qui consiste à établir une norme de conduite minimale applicable à tous, étant donné qu'une infraction pour laquelle la faute doit être prouvée subjectivement emporte la prise en compte des caractéristiques personnelles qui sont de nature à établir l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction.

Reconnaître que des personnes déjà tenues de protéger l'enfant tombent sous le coup de l'art. 218 fait ressortir la principale faille de la conclusion selon laquelle chacun des éléments constitutifs de l'infraction requiert une *mens rea* subjective. Si la plupart des personnes ciblées par la disposition ont l'obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin d'un enfant de moins de 10 ans, il ne semble guère raisonnable d'apprécier leur intention (*mens rea*) au regard d'une norme de preuve subjective alors que, pour les besoins d'une disposition voisine créant une infraction fondée sur une obligation (l'art. 215 (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence)), elles sont soumises à la norme de la négligence pénale suivant l'arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122. Deux normes s'appliqueraient dès lors, l'une objective sous le régime de l'art. 215, et l'autre subjective sous le régime de l'art. 218, deux dispositions dont l'objet est similaire, voire identique.

L'article 218 peut recevoir une interprétation téléologique et harmonieuse de manière à ne s'appliquer qu'aux personnes ayant une obligation, qu'elle soit préexistante et permanente ou qu'elle découle de certaines situations, de protéger un enfant de moins de 10 ans contre le risque de décès ou de préjudice permanent. Toutes ces personnes sont alors dûment soumises à une norme objective en ce qui concerne les conséquences prohibées à l'art. 218. La définition de l'art. 214 ne devrait viser que trois catégories de personnes : (1) celle qui a l'obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin de l'enfant, (2) celle qui

(3) those who actually place the child in that situation. Interpreting the scope of s. 218 in this way goes a long way toward addressing concerns about the broad scope of potential liability under the provision.

Section 218 finds its place in Part VIII of the *Criminal Code* under the heading “Duties Tending to Preservation of Life”. It is one of two offences located under that heading — the other being s. 215. This provides some indication that Parliament intended that s. 218 be construed as a duty-based offence. It seems anomalous that Parliament would insert a non-duty-based offence into a thicket of duty-related provisions. The scenario becomes even more remarkable when one appreciates that s. 218 is concerned with inherently dangerous conduct that places or is likely to place the lives and safety of helpless young children at risk. This is the very type of situation which requires a societal minimum standard of conduct and calls out for a standard of fault based on objective foreseeability. Likewise, the plain language of s. 218 — supported by the place of situational duties in Canadian criminal law, the offence’s placement among other duty-based provisions in the *Criminal Code* and the scholarship on s. 218 — leads to the conclusion that the offence of child abandonment is duty-based.

The legislative history of s. 218 further supports the conclusion that the fault element for s. 218 is penal negligence. The provision has never included words of subjective intention, as confirmed by the early English interpretation of the offence. Furthermore, neither the social stigma associated with it nor the gravity of the offence of child abandonment require it to be treated differently than its sister provision s. 215 (failure to provide necessities), where penal negligence was found to be the requisite fault element.

Under a penal negligence standard, a mistake of fact that is both honest and reasonable affords a complete defence. Thus, an objective *mens rea* standard does not punish the morally blameless. In the present circumstances, the trial judge found that the respondent honestly believed that her child was dead at birth and that this belief was objectively reasonable. As such, she was

décide de venir en aide à l’enfant qui court ou qui est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent et (3) celle qui est à l’origine de cette situation. Pareille interprétation de l’art. 218 répond en bonne partie aux craintes liées à la grande portée de la responsabilité criminelle susceptible de découler de cette disposition.

L’article 218 se trouve à la partie VIII du *Code criminel* sous la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie ». Il prévoit l’une des deux infractions figurant sous cette rubrique, l’autre étant celle créée à l’art. 215. L’emplacement de l’art. 218 milite jusqu’à un certain point en faveur de l’intention du législateur d’y créer une infraction fondée sur une obligation. Il paraît donc inhabituel que le législateur insère une infraction non fondée sur une obligation à la suite de dispositions qui se rapportent toutes à des obligations. L’idée paraît d’autant plus insolite que l’art. 218 vise la conduite intrinsèquement dangereuse qui met en danger la vie et la sécurité de jeunes enfants sans défense, ou les expose à un tel risque, le genre même de situation qui exige l’établissement d’une norme de conduite minimale applicable à tous et appelle le recours à une norme de faute fondée sur la prévisibilité objective. Aussi, le texte même de l’art. 218, étayé par le rôle des obligations découlant de certaines situations en droit criminel canadien, par la présence de cet article parmi d’autres dispositions du *Code criminel* qui créent des infractions fondées sur une obligation et par les articles de doctrine portant sur l’art. 218, mène à la conclusion que l’infraction d’abandon d’enfant est fondée sur une obligation.

L’historique de l’art. 218 étaye la conclusion que la négligence pénale correspond à l’élément de faute requis pour la perpétration de l’infraction. La disposition n’a jamais renfermé de termes propres à une intention subjective, comme le confirment les premières interprétations anglaises de la disposition créant l’infraction. En outre, ni la stigmatisation sociale liée à l’infraction d’abandon d’enfant, ni la gravité de celle-ci ne justifient de considérer différemment l’art. 218 de sa disposition apparentée, l’art. 215 (omission de fournir les choses nécessaires à l’existence) lorsque la négligence pénale est tenue pour l’élément de faute requis.

Suivant la norme de la négligence pénale, une erreur de fait commise de bonne foi et de manière raisonnable peut constituer un moyen de défense suffisant. Dès lors, l’application d’une *mens rea* objective n’a pas pour effet de punir la personne moralement innocente. Dans la présente affaire, le juge du procès a estimé que l’intimée avait sincèrement cru son enfant mort-né et que cette

entitled to be acquitted based on the defence of honest and reasonable mistake of fact.

Cases Cited

By Cromwell J.

Considered: *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; **referred to:** *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL); *R. v. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL); *R. v. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104; *R. v. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL); *R. v. Bokane-Harasz*, 2007 ONCJ 228 (CanLII); *R. v. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL); *R. v. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132; *Watts v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 505; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Thér*oux, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. v. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25; *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. v. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. v. Hogan* (1851), 2 Den. 277; *R. v. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *R. v. Boul*den (1957), 41 Cr. App. R. 105; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265; *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301.

By Moldaver J.

Considered: *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; **referred to:** *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775; *R. v. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *R. v. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. v. Coyne* (1958),

croissance était raisonnable sur le plan objectif. Il l'a donc acquittée sur le fondement d'une erreur commise de bonne foi et de manière raisonnable.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt examiné : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés :** *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL); *R. c. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL); *R. c. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104; *R. c. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL); *R. c. Bokane-Harasz*, 2007 ONCJ 228 (CanLII); *R. c. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL); *R. c. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sweet c. Parsley*, [1970] A.C. 132; *Watts c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 505; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Thér*oux, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. c. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25; *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. c. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. c. Hogan* (1851), 2 Den. 277; *R. c. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *R. c. Boul*den (1957), 41 Cr. App. R. 105; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265; *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301.

Citée par le juge Moldaver

Arrêt examiné : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775; *R. c. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. c. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *R. c. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. c. Coyne*

124 C.C.C. 176; *R. v. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Offences against the Person, R.S.C. 1886, c. 162, s. 20.
Act respecting Offences against the Person, S.C. 1869, c. 20, ss. 25, 26.
Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act, S.C. 2005, c. 32, ss. 11, 12.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 33.1, Part VIII, 214 “‘abandon’ or ‘expose’”, 215, 216, 217, 217.1, 218, 219, 220, 221, 266, 269, 298, 300.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 185 “‘abandon’ or ‘expose’”.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 209 to 211, 216.
Offences against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100, s. 27.
Poor Law Amendment Act, 1868 (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 122, s. 37.
Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889 (U.K.), 52 & 53 Vict., c. 44, ss. 1, 18.
Prevention of Cruelty to Children Act, 1894 (U.K.), 57 & 58 Vict., c. 41, s. 1.

Authors Cited

Colvin, Eric, and Sanjeev Anand. *Principles of Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Cross, Rupert. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. by John Bell and George Engle. London: Butterworths, 1995.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Ormerod, David. *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

(1958), 124 C.C.C. 176; *R. c. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Lois et règlements cités

Acte concernant les crimes et délits contre les personnes, S.R.C. 1886, ch. 162, art. 20.
Acte concernant les offenses contre la Personne, S.C. 1869, ch. 20, art. 25, 26.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 33.1, partie VIII, 214 « ‘abandonner’ ou ‘exposer’ », 215, 216, 217, 217.1, 218, 219, 220, 221, 266, 269, 298, 300.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 185 « ‘abandonner’ ou ‘exposer’ ».
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 209 à 211, 216.
Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 2005, ch. 32, art. 11, 12.
Offences against the Person Act, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100, art. 27.
Poor Law Amendment Act, 1868 (R.-U.), 31 & 32 Vict., ch. 122, art. 37.
Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889 (R.-U.), 52 & 53 Vict., ch. 44, art. 1, 18.
Prevention of Cruelty to Children Act, 1894 (R.-U.), 57 & 58 Vict., ch. 41, art. 1.

Doctrine et autres documents cités

Colvin, Eric, and Sanjeev Anand. *Principles of Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
 Cross, Rupert. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. by John Bell and George Engle. London : Butterworths, 1995.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Grand Robert de la langue française (en ligne), « abandonner », « désertier », « exposer ».
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

Oxford Dictionary of English, 2nd ed., rev. Oxford: Oxford University Press, 2005, “abandon”, “desert”, “expose”.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
 Roach, Kent. “Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures” (2005), 55 *U.T.L.J.* 733.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Ormerod, David. *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13th ed. Oxford : Oxford University Press, 2011.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989.
 Roach, Kent. « Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures » (2005), 55 *U.T.L.J.* 733.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2012.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards, Smith and Ottenbreit JJ.A.), 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, 266 C.C.C. (3d) 101, 81 C.R. (6th) 303, [2011] 6 W.W.R. 10, 506 W.A.C. 123, [2011] S.J. No. 5 (QL), 2011 CarswellSask 10, affirming the acquittal entered by Gabrielson J., 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173, 68 C.R. (6th) 74, [2009] S.J. No. 362 (QL), 2009 CarswellSask 388. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Richards, Smith et Ottenbreit), 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, 266 C.C.C. (3d) 101, 81 C.R. (6th) 303, [2011] 6 W.W.R. 10, 506 W.A.C. 123, [2011] S.J. No. 5 (QL), 2011 CarswellSask 10, qui a confirmé l’acquittement prononcé par le juge Gabrielson, 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173, 68 C.R. (6th) 74, [2009] S.J. No. 362 (QL), 2009 CarswellSask 388. Pourvoi rejeté.

Beverly L. Klatt and W. Dean Sinclair, for the appellant.

Beverly L. Klatt et W. Dean Sinclair, pour l’appelante.

Valerie N. Harvey, for the respondent.

Valerie N. Harvey, pour l’intimée.

Gillian Roberts and Jamie Klukach, for the intervener.

Gillian Roberts et Jamie Klukach, pour l’intervenant.

The judgment of McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Overview and Issue

I. Survol et question en litige

[1] Criminal offences generally consist of prohibited conduct (the *actus reus*) which is committed with a required element of fault (the *mens rea*). This appeal concerns the offence of child abandonment under s. 218 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “Code”). The provision prohibits

[1] L’infraction criminelle est généralement constituée d’un acte prohibé (l’*actus reus*) et de l’élément de faute requis (la *mens rea*). Le pourvoi porte sur l’infraction d’abandon d’enfant que prévoit l’art. 218 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « Code »). La disposition criminalise l’acte

abandoning or exposing a child under the age of 10 years so that the child's life is (or is likely to be) endangered, or its health is (or is likely to be) permanently injured. (The full text of the provision is found in the Appendix.) The question on appeal concerns the fault element of the offence: Is the fault element to be assessed subjectively or objectively?

[2] The issue arises out of a heart-rending story which, fortunately, has a happy ending. The respondent, not previously knowing that she was pregnant, gave birth to a baby boy while using the toilet in a Wal-Mart store. Thinking the child was dead, she cleaned up as best she could and left, leaving the child in the toilet. The child was in fact alive, was quickly attended to by others and, by all reports, is now a healthy little boy. The trial judge believed the respondent's claim that she was not aware of her pregnancy until the child appeared and that she believed the child was dead when she left him. Thus, whether the fault element is assessed according to what the respondent actually knew or by what a reasonable person would have known and done is an important issue in this case.

[3] In general terms, when a fault element is assessed subjectively, the focus is on what the accused actually knew: Did the accused know that abandoning the child would put the child's life or health at risk? If, as the respondent believed, the child was dead when she abandoned him, she would not know that her abandonment of him risked putting his life or health at risk. Again to speak generally, when assessed objectively, the focus is not on what the accused actually knew, but on whether a reasonable person in those circumstances would have seen the risk and whether the accused's conduct is a marked departure from what a reasonable person would have done. If a court were persuaded that a reasonable person would have seen the risk of abandoning the child in these circumstances and concluded that the accused's conduct was a marked departure from that expected of a reasonable person, the fault element would be established even though the accused in fact did not see the risk.

d'abandonner ou d'exposer un enfant de moins de 10 ans de manière que sa vie soit effectivement mise en danger (ou exposée à l'être), ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente (ou exposée à l'être). (Le texte intégral de la disposition est reproduit en annexe.) Le litige a pour objet l'élément moral de l'infraction : la faute doit-elle être appréciée subjectivement ou objectivement?

[2] Une histoire bouleversante, qui s'est heureusement bien terminée, est à l'origine de l'instance. L'intimée, qui ne se savait pas enceinte, a donné naissance à un garçon dans les toilettes d'un magasin Wal-Mart. Croyant l'enfant mort, elle est partie en le laissant dans la cuvette, après avoir nettoyé la cabine de son mieux. Des gens se sont rapidement occupés du nouveau-né, qui était vivant, et tout porte à croire que ce dernier est aujourd'hui un petit garçon bien portant. Le juge du procès a cru l'intimée lorsqu'elle a affirmé n'avoir appris sa grossesse qu'à la naissance de l'enfant et avoir cru que celui-ci était mort lorsqu'elle l'avait laissé aux toilettes. Ainsi, la question qui importe en l'espèce est celle de savoir si l'existence de l'élément de faute requis doit être déterminée en fonction de ce que l'intimée savait réellement ou de ce qu'une personne raisonnable aurait su et fait.

[3] En règle générale, lorsque l'élément de faute est apprécié subjectivement, on s'attache à ce dont l'accusé avait réellement conscience : savait-il que l'abandon de l'enfant compromettrait sa vie ou sa santé? Si, comme elle le prétend, l'intimée croyait l'enfant mort lorsqu'elle l'a abandonné, elle ignorait que son abandon risquait de compromettre sa vie ou sa santé. Toujours en règle générale, lorsque l'élément de faute est apprécié objectivement, on ne se demande pas ce que l'accusé savait réellement, mais bien si une personne raisonnable s'étant trouvée dans la même situation aurait eu conscience du risque et si le comportement de l'accusé s'écarte de façon marquée de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. Dès lors, si le tribunal est convaincu qu'une personne raisonnable aurait eu conscience du risque que présentait l'abandon de l'enfant dans les circonstances et qu'il conclut que le comportement de l'accusé s'écarte de façon marquée de celui auquel on se serait attendu d'une personne raisonnable, l'élément de faute requis est établi même si, dans les faits, l'accusé n'a pas eu conscience du risque.

[4] It follows that the issue for decision is this:

- Does s. 218 of the *Code* require proof that the accused knew that the acts of alleged abandonment or exposure of a child were such that the abandoned child's life was or was likely to be endangered or his or her health permanently injured, as the respondent contends? Or, as the appellant Crown contends, is the fault element established by proof that the accused's conduct constituted a marked departure from that expected of a reasonable person in the same circumstances and that the risk to the child's life or health would have been a foreseeable result by such a person?

[5] As I will explain, I agree with the respondent that the trial judge and the majority judges of the Court of Appeal were correct to require subjective fault. I would therefore dismiss the Crown's appeal.

II. Facts and Proceedings

A. *Overview of the Facts*

[6] On May 21, 2007, users of the washroom at a Wal-Mart store discovered a puddle of blood on the floor of one of the stalls and heard the sounds of a young woman who we know now to have been the respondent struggling inside. The customers alerted the store staff, but when an assistant manager asked the young woman if she was all right, she responded from inside the stall that she was fine.

[7] Shortly thereafter, a customer reported that she had discovered a baby's arm sticking out of the toilet bowl of the stall where the young woman had been. Other customers had seen the baby by that point, but all of them thought it was dead. When the store manager went into the bathroom to see what was happening, he observed that the baby's leg had started twitching. He pulled the baby out of the toilet. An emergency response team was called and the baby, A.J.H., was transported to the hospital where he was successfully resuscitated and found to be completely healthy.

[4] La question à trancher est donc la suivante :

- L'article 218 du *Code* exige-t-il, comme le prétend l'intimée, la preuve que l'accusé savait que les actes d'abandon ou d'exposition reprochés faisaient en sorte que la vie de l'enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l'être ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l'être? Ou, comme le prétend le ministère public, l'élément de faute est-il établi par la preuve que le comportement de l'accusé s'écarte de façon marquée de celui auquel on s'attendrait d'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation et que le risque pour la vie ou la santé de l'enfant constituait une conséquence prévisible par une telle personne?

[5] Comme je l'explique ci-après, je conviens avec l'intimée que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison d'appliquer une norme subjective. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public.

II. Faits et historique judiciaire

A. *Aperçu des faits*

[6] Le 21 mai 2007, dans les toilettes d'un magasin Wal-Mart, des femmes ont remarqué une mare de sang sur le plancher de l'une des cabines et ont entendu une jeune femme — l'intimée — geindre à l'intérieur. Elles ont alerté le personnel du magasin, mais lorsqu'une gérante adjointe a demandé à la jeune femme comment elle allait, celle-ci a répondu que tout allait bien.

[7] Peu de temps après, une cliente a dit avoir vu le bras d'un bébé dépasser de la cuvette dans la cabine qu'avait utilisée la jeune femme. D'autres clientes avaient alors vu le bébé, mais toutes l'avaient cru mort. Lorsque le gérant du magasin est entré dans les toilettes pour voir ce qui se passait, il a remarqué qu'une des jambes du bébé s'était mise à bouger. Il a retiré le bébé de la cuvette. Une équipe d'intervention d'urgence a été appelée. Le bébé, A.J.H., a été transporté à l'hôpital, où il a été réanimé et déclaré en pleine santé.

[8] Police gave video surveillance tapes of the store to various media outlets and the respondent was eventually identified as the woman seen entering and leaving the washroom at the time in question. When contacted by police, she cooperated fully and confirmed that she was the mother of the child. She was charged with unlawfully abandoning a child under the age of 10 years and thereby endangering his life contrary to s. 218 of the *Code*.

[9] At her trial, the respondent testified. She was 22 years of age by that time and was living with her boyfriend and their baby, S.K. Prior to the birth of A.J.H., she had been gaining weight and so she had taken three home pregnancy tests, all of which were negative. She did not believe she was pregnant because she had been getting her period every month prior to the birth. When she arrived at the Wal-Mart store, she was not feeling well and so she went to the bathroom, where she gave birth a minute or two later. She was surprised by the birth. She did not try to pick the baby up because it was all blue and she thought it was dead. She did not respond to offers for help or tell anyone what had happened because she was afraid. She tried to clean up the blood on the floor and then returned to her friend's car.

[10] When she heard the police were looking for her, the respondent told her mother she was the one that had given birth to the baby in the store. When she found out the baby was alive, she was eager to see him. He now lives with the respondent's mother and the respondent visits him almost every day. A.D.H. testified that it took her five or six months to realize that she was pregnant with her second child, S.K.

B. *Court of Queen's Bench, 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173 (Gabrielson J.)*

[11] The trial judge noted that the respondent acknowledged that she had left her child in the toilet at the Wal-Mart store, thereby committing the *actus reus* of the s. 218 offence. As for the fault element, the trial judge decided that subjective fault was required. He therefore expressed the issue he had to decide as follows: “. . . whether the

[8] Après que la police eut transmis aux différents médias les bandes vidéo des caméras de surveillance du magasin, on a déterminé que l'intimée était celle qui était entrée aux toilettes et en était sortie au moment des faits. Lorsque la police a communiqué avec elle, l'intimée a collaboré sans réserve et confirmé être la mère de l'enfant. Elle a été accusée d'avoir abandonné illicitement un enfant de moins de 10 ans et d'avoir ainsi mis sa vie en danger, contrairement à l'art. 218 du *Code*.

[9] L'intimée, qui avait alors 22 ans et vivait avec son petit ami et leur bébé, S.K., a témoigné à son procès. Avant la naissance d'A.J.H., elle avait pris du poids et avait donc fait trois tests de grossesse maison, tous négatifs. Elle ne croyait pas être enceinte car elle avait eu ses règles tous les mois avant la naissance. À son arrivée au magasin Wal-Mart, elle s'est sentie mal et s'est donc rendue aux toilettes. À son étonnement, elle a accouché une minute ou deux plus tard. Elle n'a pas essayé de prendre le bébé, car il était tout bleu et elle le croyait mort. Effrayée, elle a décliné les offres d'aide et s'est abstenue de dire à quiconque ce qui s'était passé. Après avoir tenté d'éponger le sang répandu par terre, elle est retournée à la voiture de son ami.

[10] Lorsqu'elle a appris que les policiers la recherchaient, l'intimée a dit à sa mère que c'était elle la femme qui avait accouché dans le magasin. Lorsqu'elle a su que le bébé était vivant, elle a voulu le voir sans délai. L'enfant vit aujourd'hui avec sa grand-mère maternelle, et l'intimée lui rend visite presque tous les jours. L'intimée a déclaré qu'il lui avait fallu cinq ou six mois pour se rendre compte qu'elle était enceinte de son deuxième enfant, S.K.

B. *Cour du Banc de la Reine, 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173 (le juge Gabrielson)*

[11] Le juge du procès relève que l'intimée a reconnu avoir laissé son enfant dans les toilettes du magasin Wal-Mart, de sorte qu'elle a ainsi commis l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 218. S'agissant de l'élément de faute, le juge du procès opine que la faute doit être subjective. Il formule donc comme suit la question à trancher :

accused . . . intended to abandon the child, A.J.H., or did so recklessly with full knowledge of the facts and circumstances or was wilfully blind in respect to them” (para. 15).

[12] The trial judge answered this question in the negative and found that the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that the respondent intended to abandon her child (paras. 23-26). The accused had been credible in her testimony. She had not known she was pregnant and truly believed she had delivered a dead child. Her fear and confusion explained her subsequent behaviour. The trial judge also relied on the evidence of Dr. Simpson, who testified that, “[u]nder these circumstances of an unknown pregnancy and a premature, precipitous birth, it is understandable that the accused thought the child was not alive and that she would be scared or panicked, not request help and immediately leave the scene of the birth” (para. 24). Thus, the trial judge found the respondent not guilty and dismissed the charge (para. 26).

C. *Court of Appeal, 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123 (Richards, Smith and Ottenbreit JJA.)*

[13] Richards J.A. (Smith J.A. concurring) agreed with the trial judge that s. 218 of the *Code* requires subjective fault. He supported his conclusion with a detailed analysis of the text and context of the provision. On the other hand, Ottenbreit J.A. concluded that s. 218 only requires an objective fault element, but that an honest and reasonable mistake of fact could be a defence. He found that the respondent had acted on the basis of the mistaken but reasonable belief that her child was dead and concluded that the trial judge’s verdict of acquittal should be upheld on that basis.

III. Brief Summary of the Positions of the Parties

[14] The appellant Crown submits that the fault element of the child abandonment offence should be

[TRADUCTION] « . . . l’accusée [. . .] a-t-elle eu l’intention d’abandonner A.J.H., le nouveau-né, ou, consciente des faits et des circonstances, a-t-elle fait preuve d’insouciance, ou a-t-elle ignoré volontairement ces faits et ces circonstances » (par. 15)?

[12] Le juge du procès répond par la négative et conclut que le ministère public n’a pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l’intimée avait eu l’intention d’abandonner son enfant (par. 23-26). Le témoignage de l’accusée était digne de foi. Elle ne savait pas qu’elle était enceinte et elle croyait sincèrement avoir accouché d’un enfant mort-né. Sa frayeur et son effarement expliquaient son comportement ultérieur. Le juge du procès se fonde également sur le témoignage du Dr Simpson selon lequel, [TRADUCTION] « [c]omme l’accusée ignorait sa grossesse et que la naissance est survenue prématurément et rapidement, on peut concevoir que l’accusée ait cru l’enfant mort et qu’elle ait été effrayée ou en proie à la panique, qu’elle n’ait pas demandé d’aide et qu’elle ait quitté immédiatement les lieux » (par. 24). Le juge du procès déclare donc l’intimée non coupable et rejette l’accusation (par. 26).

C. *Cour d’appel, 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123 (les juges Richards, Smith et Ottenbreit)*

[13] Le juge Richards (avec l’accord de la juge Smith) convient avec le juge du procès que l’art. 218 du *Code* exige la preuve d’une faute subjective, ce que confirme son analyse détaillée du libellé et du contexte de la disposition. Le juge Ottenbreit conclut pour sa part qu’il y a lieu d’appliquer une norme objective, mais qu’une erreur de fait commise de bonne foi et de manière raisonnable peut constituer un moyen de défense. Il estime que l’intimée a agi sur le fondement de la croyance erronée mais raisonnable que son enfant était mort et il conclut que le verdict d’acquittal du juge du procès doit être confirmé pour ce motif.

III. Résumé des thèses des parties

[14] Le ministère public appelant soutient que l’élément de faute de l’infraction d’abandon d’enfant

assessed “objectively” according to what has been called the “penal negligence” standard, whereas the respondent submits that the fault element should be assessed subjectively, adopting the position taken by the trial judge and a majority of the Court of Appeal.

[15] In this case, a penal negligence standard means that the Crown must prove two things to establish the fault element: first, that the risk to the child resulting from the respondent’s acts would have been foreseeable by a reasonable person in the same circumstances and, second, that her conduct was a marked departure from the conduct expected of a reasonable person in those circumstances. Penal negligence is the fault element that applies to the offence of failing to provide a child with the necessities of life under s. 215 of the *Code* and the Crown submits that the same standard of fault should apply here.

[16] On the other hand, a subjective standard means, in the context of an offence under s. 218 of the *Code*, that the fault element requires proof at least of recklessness, in other words that the accused persisted in a course of conduct knowing of the risk which it created. Subjective fault, of course, may also refer to other states of mind. It includes *intention* to bring about certain consequences; actual *knowledge* that the consequences will occur; or *wilful blindness* — that is, knowledge of the need to inquire as to the consequences and deliberate failure to do so. But here, the element of risk (“is likely to”) is part of the definition of the prohibited consequences: the prohibited consequences under s. 218 are that the child’s life “is or is likely to be” endangered or its health “is or is likely to be” permanently injured. It is because the definition of the offence incorporates the notion of risk to life or health that a subjective fault element would require the Crown to show at least recklessness, that is, that the accused actually knew of the risk to the child’s life or health. (Wilful blindness would also suffice, but was not argued in this case. I also note that self-induced intoxication is not relevant here and was not argued. I do not find it either necessary or desirable to speculate about the

doit être apprécié [TRADUCTION] « objectivement » en fonction de ce qu’on appelle la norme de la « négligence pénale », tandis que l’intimée prétend que l’existence de cet élément doit être appréciée subjectivement, comme l’affirment le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d’appel.

[15] Suivant la norme de la négligence pénale, le ministère public doit en l’espèce prouver deux choses pour établir l’élément de faute : premièrement, qu’une personne raisonnable s’étant trouvée dans la même situation aurait pu prévoir que les actes de l’intimée mettraient l’enfant en danger et, deuxièmement, que le comportement de l’intimée s’écartait de façon marquée de celui auquel on se serait attendu d’une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. La négligence pénale correspond à l’élément de faute requis aux fins de l’infraction prévue à l’art. 215 du *Code*, qui consiste à ne pas fournir à un enfant les choses nécessaires à son existence, et le ministère public affirme que la même norme s’applique en l’espèce à l’égard de la faute.

[16] Par ailleurs, établir l’élément de faute requis selon une norme subjective pour les besoins de l’infraction prévue par l’art. 218 du *Code* exige tout au moins de prouver que l’accusée a agi avec insouciance, c’est-à-dire qu’elle a persisté dans sa conduite malgré sa conscience du risque. Bien entendu, la faute subjective peut également s’entendre d’autres états d’esprit, dont l’*intention* que certaines conséquences s’ensuivent, le fait de *savoir* que ces conséquences s’ensuivront ou l’*aveuglement volontaire*, soit l’omission délibérée de s’enquérir des conséquences alors qu’on sait qu’il faudrait le faire. Or, en l’espèce, le risque couru (« [est] exposée à l’être ») fait partie des conséquences mentionnées dans la définition de l’infraction, à savoir mettre « effectivement » la vie de l’enfant en danger ou l’y « expos[er] » ou compromettre « effectivement » et de façon permanente sa santé, ou l’y « exposer ». Puisque la définition de l’infraction englobe la notion de risque pour la vie ou la santé, une norme subjective exige du ministère public qu’il démontre que l’accusée a tout au moins agi avec insouciance, c’est-à-dire qu’elle était consciente du risque pour la vie ou la santé de l’enfant. (Il lui suffirait par ailleurs d’établir l’aveuglement volontaire, mais celui-ci

various issues that would arise if it were raised in the context of this general intent offence. Simply by way of example, one would have to consider among other things issues such as whether the *ratio* of *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, applies, whether its application would or should be any different depending on whether the offence requires subjective or objective fault and whether the child abandonment offence falls within the exclusion from the self-induced intoxication defence set out in s. 33.1(3) of the *Code* relating to offences that include as an element any interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.)

[17] The respondent also submits, in the alternative, that even if the required fault element is objective, the appeal should nonetheless be dismissed because she acted on the basis of a reasonable mistake of fact, that is, that the child was dead when she left him. I do not need to address this submission as I conclude that the fault element is subjective and therefore that the trial judge did not err in acquitting the respondent on the basis that the fault element had not been proved.

IV. Analysis

A. *Introduction*

[18] This Court has never addressed the fault element for the child abandonment offence and the relatively scant jurisprudence in other courts is inconclusive on this issue. Some cases have applied a subjective standard of fault: *R. v. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL) (Ct. J.), at para. 49; *R. v. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL) (Ct. J. (Prov. Div.)), at paras. 24-30; *R. v. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104 (Ont. D.C.J.C.C.), at pp. 106-8. Others have either applied an objective standard or been unclear about the standard: *R. v. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL) (Ct. J.), at paras. 32-33; *R. v. Bokane-Harasz*, 2007 ONCJ 228 (CanLII),

n'a pas été invoqué en l'espèce. La question de l'intoxication volontaire ne se pose pas non plus et n'a donc pas été abordée. Il ne me paraît ni nécessaire ni souhaitable de conjecturer sur les différentes questions qui se poseraient si ce moyen de défense avait été opposé à la perpétration alléguée de cette infraction d'intention générale. Mentionnons simplement, à titre d'exemple, qu'il faudrait alors déterminer entre autres si le raisonnement suivi dans l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, vaut, si son application différerait ou devrait différer selon que la perpétration de l'infraction suppose une faute subjective ou objective et si l'infraction d'abandon d'enfant tombe sous le coup de l'exclusion du moyen de défense de l'intoxication volontaire que prévoit le par. 33.1(3) du *Code* relativement aux infractions dont l'un des éléments constitutifs est l'atteinte ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne.)

[17] L'intimée fait valoir subsidiairement que même si la faute requise est de nature objective, le pourvoi doit malgré tout être rejeté parce qu'elle a agi sur la foi d'une erreur de fait raisonnable, à savoir que l'enfant était mort lorsqu'elle l'a laissé au magasin. Point n'est besoin de statuer sur cette prétention vu ma conclusion que la faute requise est subjective et que, par conséquent, le juge du procès n'a pas eu tort d'acquitter l'intimée au motif que l'élément de faute requis n'avait pas été établi.

IV. Analyse

A. *Introduction*

[18] Notre Cour ne s'est jamais penchée sur l'élément de faute requis dans le cas d'un abandon d'enfant, et les quelques décisions d'autres tribunaux sur le sujet ne règlent pas la question. La norme subjective a été retenue dans certaines affaires : *R. c. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL) (C.J.), par. 49; *R. c. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL) (C.J. (Div. prov.)), par. 24-30; *R. c. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104 (c.j.c.j.c.d. Ont.), p. 106-108. Dans d'autres, le tribunal a eu recours à une norme objective ou ne s'est pas prononcé clairement sur la norme applicable : *R. c. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL) (C.J.), par. 32-33; *R. c. Bokane-Harasz*, 2007

at paras. 25-26; *R. v. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL) (Ct. J. (Prov. Div.)), at paras. 8 and 18-19; *R. v. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325 (Ct. J.).

[19] Given that existing case law does not settle the question, our task is to “discern the intent of Parliament, having regard to the purpose of the section and the applicable principles of statutory construction”: *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, at p. 89. We must, therefore, read the words of the statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the statute, its objective and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41 (quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

B. *Statutory Interpretation and Fault Requirements*

[20] Discerning parliamentary intent in relation to the fault element of crimes is often not an easy task. Offences that have long been held to have subjective fault requirements do not expressly say so and even when Parliament decides to expressly set out fault requirements, it does not use language consistently: M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at pp. 148-49. As a result, the courts must, and often do, infer the fault element: see, e.g., *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, per Dickson J. (as he then was), at p. 146; *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132 (H.L.), per Lord Reid, at p. 148; K. Roach, *Criminal Law* (5th ed. 2012), at pp. 163-64.

[21] In my view, this is such a case. The text of the provision does not expressly set out a fault requirement, but the text read in light of its full context supports the conclusion that subjective fault is required. I will begin my analysis by touching on an important presumption of parliamentary intent that applies here and then turn to the purpose, text and scheme of the provision. In the course of that analysis, I will explain why, in my opinion, the Crown’s position that this is an offence of penal negligence must be rejected.

ONCJ 228 (CanLII), par. 25-26; *R. c. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL) (C.J. (Div. prov.)), par. 8 et 18-19; *R. c. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325 (C.J.).

[19] Puisque la jurisprudence actuelle ne permet pas de trancher, il nous faut « dégager l’intention du législateur, eu égard à l’objet de la disposition et aux principes applicables d’interprétation des lois » : *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, p. 89. Par conséquent, nous devons interpréter les termes utilisés dans la loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, son objet et l’intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41 (citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

B. *Interprétation législative et norme applicable en matière de faute*

[20] Il est souvent difficile de dégager l’intention du législateur en ce qui concerne l’élément de faute d’un crime. Le libellé d’infractions dont on reconnaît depuis longtemps que la perpétration exige une faute subjective ne l’indique pas expressément, et même lorsque le législateur précise quelle norme s’applique, il ne le fait pas de manière uniforme : M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 148-149. Les tribunaux doivent donc inférer la nature de l’élément de faute, et ils le font souvent : voir, p. ex., *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), p. 146; *Sweet c. Parsley*, [1970] A.C. 132 (H.L.), lord Reid, p. 148; K. Roach, *Criminal Law* (5^e éd. 2012), p. 163-164.

[21] À mon sens, il s’agit en l’espèce d’un tel cas. Le libellé de la disposition ne précise pas la nature de la faute requise, mais interprété dans son contexte global, il étaye la conclusion que la faute doit être subjective. J’entreprends mon analyse en me penchant sur une présomption importante qui s’applique en l’espèce à l’intention du législateur, puis j’examinerai l’objet et le texte de la disposition, ainsi que le régime législatif établi. Ce faisant, j’expliquerai pourquoi il faut à mon avis rejeter la thèse du ministère public selon laquelle la norme de la négligence pénale s’applique à l’infraction.

C. *The Broader Context*

[22] I will review three elements of the broader context of the child abandonment provision: the presumption of legislative intent in favour of subjective fault, the provision's legislative evolution and finally its purpose.

1. Presumed Legislative Intent

[23] An important part of the context in which we must interpret s. 218 is the presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element. The Court has stated and relied on this interpretative principle on many occasions: see, e.g., *Watts v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 505, at p. 511; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640, at p. 652; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, at pp. 542-43; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1303 and 1309-10; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547, at pp. 551 and 553; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 871; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 18; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 64. Perhaps the classic statement is that of Dickson J. (as he then was) for the Court in *Sault Ste. Marie*:

In the case of true crimes there is a presumption that a person should not be held liable for the wrongfulness of his act if that act is without *mens rea*

. . . Where the offence is criminal, the Crown must establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such enquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law. [Citations omitted; pp. 1303 and 1309-10.]

[24] Notwithstanding these many statements, the Crown in effect submits that there is no such presumption of legislative intent because it has not always been applied. The Crown notes that there are many offences in the *Code* that do not require subjective fault and further that there is no absolute rule requiring

C. *Le contexte général*

[22] J'examine trois éléments du contexte général de la disposition créant l'infraction d'abandon d'enfant : la présomption que le législateur a voulu l'application d'une norme subjective, l'évolution de la disposition et, enfin, son objet.

1. L'intention présumée du législateur

[23] Le vœu présumé du législateur qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective constitue un volet important du contexte dans lequel nous devons interpréter l'art. 218. Notre Cour a énoncé ce principe d'interprétation et y a recouru à nombre d'occasions : voir, p. ex., *Watts c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 505, p. 511; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640, p. 652; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, p. 542-543; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303 et 1309-1310; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547, p. 551 et 553; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 871; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 645; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 18; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 64. Selon moi, l'énoncé classique est celui du juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour dans *Sault Ste-Marie* :

Dans le cas de crimes véritables, il existe la présomption que nul ne doit être tenu responsable de son acte illicite, s'il est fait sans *mens rea*

. . . Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait [déclaration de culpabilité] exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître. [Renvois omis; p. 1303 et 1309-1310.]

[24] Le ministère public soutient néanmoins qu'on ne saurait présumer que telle est l'intention du législateur car le principe ne s'applique pas toujours. Il signale en effet que, dans le *Code*, de nombreuses infractions n'exigent pas de faute subjective et que la symétrie parfaite entre l'élément de faute et les

complete symmetry between the fault element and the prohibited consequences of the offence. In my view, however, these points do not negate the existence of the presumption of legislative intent. They show merely that the presumption does not invariably determine the outcome of a full contextual and purposive interpretation of a particular provision.

[25] Presumptions of legislative intent are not self-applying rules. They are instead principles of interpretation. They do not, on their own, prescribe the outcome of interpretation, but rather set out broad principles that ought to inform it. As Professor Sullivan has observed, presumptions of legislative intent, such as this one, serve as a way in which the courts recognize and incorporate important values into the legal context in which legislation is drafted and should be interpreted. These values both inform judicial understanding of legislation and play an important role in assessing competing interpretations: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 365.

[26] Professor Côté has described how these presumptions may inform the legal context in which legislation is drafted. He put it this way: “In some sense, presumptions of intent form part of the enactment’s context, as they reflect ideas which can be assumed to have been both present in the mind of the legislature and sufficiently current as to render their explicit mention unnecessary”: P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 470; see also R. Cross, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 1995), by J. Bell and G. Engle, at pp. 165-67, and K. Roach, “Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures” (2005), 55 *U.T.L.J.* 733. Parliament must be understood to know that this presumption will likely be applied unless some contrary intention is evident in the legislation.

[27] As for the role of the presumption of subjective fault in assessing competing interpretations, it sets out an important value underlying our criminal law. It has been aptly termed one of the “presumptive

conséquences prohibées n’est pas une condition absolue. À mon sens, toutefois, les éléments qu’il avance ne réfutent pas l’existence de l’intention présumée du législateur. Ils montrent seulement que la présomption ne détermine pas invariablement l’issue de l’interprétation qui tient compte de tout le contexte de la disposition et de l’objet de celle-ci.

[25] Les présomptions d’intention du législateur n’équivalent pas à des règles d’application automatique. Il s’agit plutôt de principes d’interprétation. Elles ne dictent pas à elles seules le résultat de l’interprétation, mais énoncent plutôt les principes généraux qui président à celle-ci. Comme le fait remarquer la professeure Sullivan, les présomptions d’intention du législateur, comme celle considérée en l’espèce, permettent au tribunal de reconnaître des valeurs importantes et de les intégrer au contexte juridique dans lequel une loi est rédigée puis doit être interprétée. Ces valeurs guident le tribunal dans l’interprétation d’une loi et se révèlent importantes en présence d’interprétations contradictoires : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 365.

[26] Le professeur Côté précise la manière dont ces présomptions peuvent éclairer le contexte juridique dans lequel une loi a été rédigée. Il s’exprime comme suit : « Les présomptions d’intention du législateur, dans une certaine mesure, font partie du contexte d’énonciation des textes législatifs en ce sens qu’elles représentent des idées qu’on peut supposer présentes à l’esprit de l’auteur du texte et que ce dernier a dû présumer suffisamment connues de son auditoire pour se justifier de n’en pas parler » : P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 510-511; voir aussi R. Cross, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 1995), sous la dir. de J. Bell et G. Engle, p. 165-167, et K. Roach, « Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures » (2005), 55 *U.T.L.J.* 733. Il faut considérer que le législateur sait que cette présomption s’appliquera sauf intention contraire ressortant de la loi.

[27] Présumer le caractère subjectif de la faute requise lorsque plusieurs interprétations s’opposent traduit une valeur importante qui sous-tend notre droit criminel. On a judicieusement parlé de l’un

principles of criminal justice”: *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, *per* Charron J., at paras. 22-23. While the presumption must — and often does — give way to clear expressions of a different legislative intent, it nonetheless incorporates an important value in our criminal law, that the morally innocent should not be punished. This has perhaps never been better expressed than it was by Dickson J. in *Pappajohn*, at pp. 138-39:

There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind. . . . Parliament can, of course, by express words, create criminal offences for which a guilty intention is not an essential ingredient. Equally, *mens rea* is not requisite in a wide category of statutory offences which are concerned with public welfare, health and safety. Subject to these exceptions, *mens rea*, consisting of some positive states of mind, such as evil intention, or knowledge of the wrongfulness of the act, or reckless disregard of consequences, must be proved by the prosecution.

[28] Viewed in this way, the presumption of subjective fault is not an outdated rule of construction which is at odds with the modern approach to statutory interpretation repeatedly endorsed by the Court. On the contrary, the presumption forms part of the context which the modern approach requires to be considered.

[29] As I will explain, there is nothing in the text or context of the child abandonment offence to suggest that Parliament intended to depart from requiring subjective fault. In fact, the text, scheme and purpose of the provision support the view that subjective fault is required. To the extent that Parliament’s intent is unclear, the presumption of subjective fault ought to have its full operation in this case.

2. Legislative Evolution

[30] Legislative evolution and history may often be important parts of the context within which to conduct

des « principes présumés régir la justice pénale » : *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, la juge Charron, par. 22-23. Bien que la présomption doive céder le pas à l’intention différente clairement exprimée par le législateur — ce qui se produit fréquemment —, elle introduit néanmoins une valeur importante dans notre droit criminel, à savoir que la personne moralement innocente ne doit pas être punie. Nul ne l’a peut-être jamais aussi bien exprimé que le juge Dickson dans *Pappajohn*, p. 138-139 :

Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu’un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d’un acte volontaire. [. . .] Le Parlement peut, bien sûr, en termes exprès, créer des infractions criminelles pour lesquelles une intention coupable n’est pas un élément essentiel. De même, la *mens rea* n’est pas requise pour un grand nombre d’infractions créées par la loi relativement au bien-être, à la santé et à la sécurité publique. Sous réserve de ces exceptions, la poursuite doit établir la *mens rea*, c’est-à-dire un état d’esprit positif, comme l’intention malveillante, ou la connaissance du caractère fautif de l’acte, ou l’indifférence insouciant quant à ses conséquences.

[28] Vue sous cet angle, la présomption d’une faute de nature subjective n’est pas une règle d’interprétation obsolète qui va à l’encontre de l’interprétation législative moderne maintes fois avalisée par la Cour. Au contraire, elle fait partie du contexte qui, suivant l’approche moderne, doit être examiné.

[29] Comme je l’explique plus loin, nul élément du libellé ou du contexte de l’infraction d’abandon d’enfant ne permet de conclure que le législateur a voulu l’application d’une autre norme de faute que la subjective. En fait, le texte et l’objet de la disposition, ainsi que le régime législatif établi, étaient le point de vue selon lequel la faute doit être subjective. Dans la mesure où l’intention du législateur n’est pas claire, en l’espèce la présomption selon laquelle la faute doit être subjective doit s’appliquer sans réserve.

2. L’évolution législative

[30] L’évolution et l’historique législatifs constituent souvent des éléments importants du contexte

the modern approach to statutory interpretation: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 43. The Crown has been diligent in providing us with a detailed picture of the English origins and Canadian evolution of what is now s. 218. I will touch on this only briefly, however, because as I see it, this information sheds little real light on the issue at hand.

[31] It seems that from the beginning, there were two strands of prohibitions, one addressing abandoning or exposing a child to risk to its life or health and the other in relation to the breach of a duty by people in certain relationships to provide the necessities of life.

[32] The origin of the abandonment offence appears to be in the English *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100, s. 27, which created the misdemeanor of unlawfully abandoning or exposing any child under the age of two “whereby the life of such child shall be endangered, or the health of such child shall have been or shall be likely to be permanently injured”. The early case law is unclear as to whether subjective or objective fault was required although there is some support for the view that subjective fault is required: see, e.g., *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, *per* Bovill C.J., at p. 313, and *per* Blackburn J., at p. 314.

[33] The necessities offence appears to have its origins in the English *The Poor Law Amendment Act, 1868*, 31 & 32 Vict., c. 122. Section 37 of that Act made it an offence for any parent to “wilfully neglect to provide adequate food, clothing, medical aid, or lodging for his child, being in his custody, under the age of fourteen years, whereby the health of such child shall have been or shall be likely to be seriously injured”. The fault element for this offence appears to have been objective: *R. v. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25, *per* Bramwell B., at p. 30.

à considérer pour interpréter une loi selon la démarche moderne d’interprétation : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43. Le ministère public a exposé en détail les origines anglaises de l’actuel art. 218 et son évolution au Canada. Toutefois, je ne me penche que brièvement sur ce point car, à mon avis, ces données ne contribuent guère à la résolution de la question en litige.

[31] Il appert que, dès le début, deux interdictions s’appliquaient, l’une visant l’abandon ou l’exposition d’un enfant qui met sa vie en danger ou qui compromet sa santé, et l’autre liée au manquement à l’obligation de fournir à autrui les choses nécessaires à l’existence, dans le cadre de certaines relations.

[32] L’infraction d’abandon semble avoir pour origine l’art. 27 de la loi anglaise intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, qui a créé l’infraction mineure d’abandon ou d’exposition illicite d’un enfant de moins de deux ans [TRADUCTION] « de manière à mettre sa vie en danger ou à compromettre sa santé de façon permanente, ou à l’exposer à ces risques ». Les premières décisions rendues ne précisent pas si la faute doit être subjective ou objective, mais elles donnent à penser qu’elle serait subjective : voir, p. ex., *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, le juge en chef Bovill, p. 313, et le juge Blackburn, p. 314.

[33] L’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence semble s’originer de la loi anglaise intitulée *The Poor Law Amendment Act, 1868*, 31 & 32 Vict., ch. 122. Suivant l’art. 37 de cette loi, commettait une infraction le père ou la mère qui [TRADUCTION] « néglig[eait] délibérément de fournir à son enfant âgé de moins de quatorze ans et dont il avait la garde, la nourriture, les vêtements, les soins médicaux ou l’hébergement dont il avait besoin, de manière à compromettre gravement la santé de l’enfant ou à l’exposer à ce risque ». La faute nécessaire à la perpétration de cette infraction paraît être objective : *R. c. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25, le baron Bramwell, p. 30.

[34] The two offences appear to have come closer together in England with the enactment of s. 1 of the *Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889*, 52 & 53 Vict., c. 44, a provision that replaced s. 37 of *The Poor Law Amendment Act, 1868*. (The latter provision was repealed by s. 18 of the 1889 Act.) Section 1 made it a misdemeanor for anyone over 16 who had the custody, control, or charge of a boy under 14 or a girl under 16 to “wilfully” ill-treat, neglect, abandon or expose such child in a manner likely to cause such child unnecessary suffering or injury to its health. Again, the fault element is not very clear. In *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, the court approved jury instructions that seemed to describe both an objective and a subjective requirement.

[35] In Canada, the abandonment offence and the necessities of life offence have been kept distinct. The child abandonment offence was first enacted in 1869: *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20, s. 26. The offence of failing to provide the necessities of life was found in s. 25 of the same Act, and applied to individuals who were “legally liable” towards others. From 1869 to 1892, the child abandonment offence did not include any reference to duty: *An Act respecting Offences against the Person* (1869), s. 26; *An Act respecting Offences against the Person*, R.S.C. 1886, c. 162, s. 20. Thus, the provision’s early legislative evolution shows clearly that it was not conceived of as a duty-based offence, and suggests that a subjective intent was required.

[36] In 1892, both offences were included in the first *Code* (*The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29). The abandonment offence was found in s. 216 while the necessities offence was found in ss. 209 to 211. The abandonment offence was then similar to the current provision. It applied, however, only to children under two and required actual danger to life or permanent injury to health as opposed to the risk of those things occurring as under the current

[34] Le législateur anglais semble avoir regroupé les deux infractions à l’article premier de la *Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889*, 52 & 53 Vict., ch. 44, qui a remplacé l’art. 37 de la *Poor Law Amendment Act, 1868* (lequel était lui-même abrogé par l’art. 18 de la loi de 1889). Aux termes de l’article premier, commettait une infraction mineure toute personne de plus de 16 ans qui, ayant la garde d’un garçon de moins de 14 ans ou d’une fille de moins de 16 ans, ou en assurant la surveillance, maltraitait, négligeait, abandonnait ou exposait [TRADUCTION] « délibérément » l’enfant de manière à lui causer des souffrances inutiles ou à compromettre sa santé. Là encore, la nature de la faute n’est pas très claire. Dans *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, le tribunal a approuvé les directives données au jury qui semblaient ne privilégier ni une norme objective ni une norme subjective.

[35] Au Canada, l’infraction d’abandon et celle d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence ont toujours fait l’objet de dispositions distinctes. L’infraction d’abandon d’enfant a vu le jour en 1869 : *Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, ch. 20, art. 26. L’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence était prévue à l’art. 25 de cette loi et pouvait être perpétrée par une personne ayant une « obligation légale » envers une autre. Entre 1869 et 1892, la disposition créant l’infraction d’abandon ne faisait état d’aucune obligation : *Acte concernant les offenses contre la Personne* (1869), art. 26; *Acte concernant les crimes et délits contre les personnes*, S.R.C. 1886, ch. 162, art. 20. Il ressort donc de l’évolution législative initiale que la disposition n’a pas créé une infraction fondée sur une obligation, ce qui porte à croire qu’une intention subjective était requise.

[36] En 1892, les deux infractions ont été incorporées à la première version du *Code* (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29). L’infraction d’abandon se trouvait à l’art. 216, et celle d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, aux art. 209 à 211. La disposition relative à l’abandon s’apparentait alors à celle qui existe actuellement. Toutefois, elle ne visait que les enfants de moins de deux ans dont la vie était mise en danger ou la santé irrémédiablement

provision. A non-exhaustive definition of “abandon” and “expose” was added in 1892. For the first time, a reference to duty was added, but only in the context of omissions. The definition provided that “abandon” and “expose” included “a wilful omission to take charge of the child on the part of a person legally bound to do so”.

[37] The non-exhaustive definition added in 1892 also included “any mode of dealing with [the child] calculated to leave it exposed to risk without protection”. While I would not attach much weight to the use of the word “calculated”, I note that, if anything, it suggests a subjective fault requirement. This is consistent with the fact that the English case of *White*, mentioned earlier, appears to have required subjective fault for the English equivalent of the abandonment offence. In 1954, the words “calculated to” were replaced by “likely to” in the non-exhaustive definition so that the provision read as it does today: *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 185. I would not attach much weight to this amendment. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) suggests that, particularly in the 18th and 19th centuries, “calculated to” and “likely to” could be used as synonyms. In any event, both “calculated to” and “likely to” are consistent with legislative intent to require subjective fault, albeit “calculated to” could be viewed as requiring specific intent, while “likely to” suggests that general intent is required.

[38] All things considered, my view is that the legislative evolution of the child abandonment offence is, if anything, more supportive than not of the view that subjective fault is required.

compromise, alors que la disposition actuelle s’applique dès qu’il y a risque de tels préjudices. Une définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « délaisser » a été ajoutée en 1892. [Le verbe « délaisser » a ultérieurement été remplacé par « exposer »; dans la version anglaise, le verbe « expose » a toujours été employé.] Le législateur a renvoyé à une obligation pour la première fois, mais seulement en liaison avec une omission. Suivant leur définition, « abandonner » et « délaisser » comprennent « l’omission volontaire de prendre soin d’un enfant de la part d’une personne légalement tenue de le faire ».

[37] Aux termes de la définition non exhaustive ajoutée en 1892, les verbes s’entendaient également de « toute manière de [. . .] traiter [l’enfant] de nature à le laisser exposé à quelque danger sans protection ». L’emploi de l’expression « de nature à » ne me paraît pas très révélateur, mais, à la limite, on pourrait inférer de l’expression équivalente anglaise « *calculated to* » que la faute devait être subjective. D’ailleurs, dans la décision anglaise *White* mentionnée précédemment, le tribunal semble avoir exigé la preuve d’une faute subjective pour établir la perpétration de l’infraction anglaise équivalente à notre infraction d’abandon. En 1954, les mots « de nature à » ont été remplacés par « exposée à l’être », de sorte que le texte de la disposition était le même que celui d’aujourd’hui : *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 185. Je n’accorde pas beaucoup d’importance à cette modification. Selon le *Grand Robert de la langue française* (en ligne), « de nature à » et « exposée à l’être » sont équivalents et, selon l’*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), « *calculated to* » et « *likely to* » (employé en anglais pour rendre « exposée à l’être ») pouvaient, surtout aux 18^e et 19^e siècles, être employés l’un pour l’autre. Quoi qu’il en soit, les deux expressions sont compatibles avec l’intention du législateur d’exiger la preuve d’une faute subjective, bien qu’on puisse voir dans l’emploi des mots « de nature à » (« *calculated to* ») l’exigence d’une intention spécifique et dans l’emploi des mots « exposée à l’être » (« *likely to* ») l’exigence d’une intention générale.

[38] Tout bien considéré, j’estime que, à la limite, l’évolution de la disposition prévoyant l’infraction d’abandon d’enfant étaye la thèse de l’application d’une norme subjective et non objective.

3. Purpose and Breadth of the Offence

[39] There is no doubt that the purpose of the abandonment offence is the protection of children from risk even when no harm occurs. Prior to the enactment of the offence of child abandonment in 1861, the offence required actual harm: *R. v. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. v. Hogan* (1851), 2 Den. 277. The new crime of child abandonment filled a perceived gap by punishing those who placed children in positions of risk: *R. v. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *White*.

[40] It follows that the scope of potential liability under s. 218 of the *Code* is very broad, encompassing a wide range of persons and conduct. Liability is not restricted to those who are related to the child, or who have any duties in relation to the child or even to those who are in charge of the child at the time. In addition, a very wide range of conduct falls within the words “abandon” and “expose”. These are broad words that are not exhaustively defined under the *Code*.

[41] Viewed in the light of the broad scope of potential liability under s. 218 of the *Code*, the requirement for subjective fault serves an important purpose of ensuring that the reach of the criminal law does not extend too far. While the conduct and people that fall within s. 218 of the *Code* are broadly defined, the requirement for subjective fault ensures that only those with a guilty mind are punished.

D. *The Text of the Provisions*

[42] The text of the provisions is found in the Appendix. There are three main points which emerge from a careful study of the text and scheme of these provisions. First, the words “abandon”, “expose” and “wilful” suggest a subjective fault requirement. Second, the use of the word “likely” in this context does not suggest an objective fault requirement. Third, what is absent from the text of s. 218 of the *Code* and the broader scheme in which

3. Objet et portée de l’infraction

[39] Il ne fait aucun doute que le législateur a créé l’infraction d’abandon afin de protéger les enfants contre le risque de préjudice, que ce risque se réalise ou non. Avant la création de l’infraction d’abandon d’enfant en 1861, un préjudice devait être infligé pour qu’il ait sanction : *R. c. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. c. Hogan* (1851), 2 Den. 277. Le nouveau crime créé a comblé ce qu’on tenait pour une lacune en punissant la personne qui exposait un enfant à un risque : *R. c. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *White*.

[40] La portée de la responsabilité susceptible de découler de l’art. 218 du *Code* est donc très grande, un grand nombre de personnes et d’actes étant visés. Ce ne sont pas seulement les personnes qui ont un lien de parenté avec l’enfant ou des obligations envers lui, ni même celles qui assurent la surveillance de l’enfant au moment des faits, qui peuvent être tenues responsables sous le régime de la disposition. De plus, un très large éventail d’actes est visé par les verbes « abandonner » et « exposer », lesquels ont un sens étendu et ne sont pas définis de façon exhaustive dans le *Code*.

[41] Vu la grande portée de la responsabilité susceptible de découler de l’art. 218 du *Code*, l’exigence d’une faute subjective joue un rôle important en faisant en sorte que le droit criminel n’ait pas une portée excessive. Bien que les actes et les personnes visés par cet article soient définis de manière générale, l’application d’une norme subjective fait en sorte que seule soit punie la personne ayant un état d’esprit coupable.

D. *Le libellé des dispositions*

[42] Le libellé des dispositions est reproduit en annexe. Trois points principaux se dégagent de l’examen attentif du libellé des dispositions et du régime législatif qu’elles établissent. Premièrement, les termes « abandonner », « exposer » et « volontaire » supposent que la faute doit être appréciée subjectivement. Deuxièmement, l’emploi des mots « exposée à l’être » dans ce contexte ne permet pas de conclure que la faute doit être appréciée

it appears strongly suggest that subjective fault is required.

1. “Abandon”, “Expose” and “Wilful” Suggest Subjective Fault

[43] The words “abandon” and “expose” are not given an exhaustive definition in s. 214 the *Code* and therefore their ordinary grammatical meanings remain relevant to their interpretation. Both words suggest actions taken with knowledge of their consequences. The *Oxford Dictionary of English* (2nd ed. rev. 2005), for example, defines “abandon” as “cease to support or look after (someone); desert”.

[44] The same dictionary defines “expose” (in the sense of “expose someone to”) as “cause someone to be vulnerable or at risk” or “leave (a child) in the open to die”.

[45] The definition of “desert” is also helpful: “[A]bandon (a person, cause, or organization) in a way considered disloyal or treacherous . . .”

[46] I agree with Richards J.A. that the words “abandon” and “expose” on their face, and standing alone, are indicative of subjective fault: C.A., at para. 59. They involve more than just leaving a child alone or failing to take care of it: they denote awareness of the risk involved. This view is also perfectly consistent with the statutory non-exhaustive definition of “abandon” or “expose” in s. 214 of the *Code* which, as noted earlier, suggests a requirement for knowledge of the consequences flowing from the prohibited acts of abandonment or exposure. This is also reflected in the jurisprudence. As noted in *L.M.*, abandon means “leaving the child to its fate” which suggests an act accompanied by knowledge of or recklessness as to the consequences: paras. 28 and 47; see also, e.g., *R. v. Boulden* (1957), 41 Cr. App. R. 105, at p. 110; *Re*

objectivement. Troisièmement, l’absence de certains termes dans le libellé de l’art. 218 du *Code* et dans le régime législatif auquel il appartient tend sérieusement à indiquer que la faute doit être prouvée selon une norme subjective.

1. L’emploi des termes « abandonner », « exposer » et « volontaire » indique que la faute doit être subjective

[43] Les mots « abandonner » et « exposer » ne sont pas définis de manière exhaustive à l’art. 214 du *Code*; leur sens grammatical ordinaire vaut donc toujours pour leur interprétation. Tous deux suggèrent que la personne est consciente des conséquences de son acte. La version en ligne du *Grand Robert de la langue française*, par exemple, donne la définition suivante du verbe « abandonner » : « Quitter, laisser définitivement (qqn dont on doit s’occuper, envers qui on est lié) [. . .] Déserter . . . ».

[44] Le même dictionnaire définit « exposer » (au sens d’exposer quelqu’un à quelque chose) comme suit : « Exposer quelqu’un à un péril, à un danger. . . »; abandonner un enfant à la mort.

[45] Il vaut également la peine de mentionner la définition du mot « déserter » : « Renier, trahir [. . .] une cause, une religion, un parti [. . .] Déserter qqn ».

[46] Je conviens avec le juge Richards que les mots « abandonner » et « exposer » dénotent à première vue, et à eux seuls, une faute subjective : C.A., par. 59. Il ne s’agit pas seulement de laisser l’enfant seul ou de ne pas en prendre soin, mais d’avoir aussi conscience du risque couru. De plus, cette interprétation s’accorde parfaitement avec la définition non exhaustive des mots « abandonner » ou « exposer » qui figure à l’art. 214 du *Code* et qui, nous l’avons vu précédemment, suppose que la personne agit en étant consciente des conséquences de l’acte d’abandon ou d’exposition prohibé. La jurisprudence va par ailleurs dans le même sens. Comme l’indique la cour dans *L.M.*, « abandonner » s’entend de [TRADUCTION] « laisser un enfant à son sort », ce qui suppose la connaissance des conséquences de l’acte ou l’insouciance à l’égard

Davis (1909), 18 O.L.R. 384, at p. 387. This is one of the factors that led the court in *Reedy* (No. 2), to imply a subjective fault requirement (p. 107).

[47] The Crown, in support of its position that the fault element is objective, argued that the non-exhaustive definition of “abandon” and “expose” included in the *Code* in 1892 (now in s. 214) likely came from the English decisions of *Falkingham* and *White*. While those cases may well be the origin of the *Code* definition, this does not advance the Crown’s position. In both cases, there was evidence of subjective fault. In *White*, there was clear evidence that the accused intentionally and knowingly abandoned and exposed the child and was aware of the risk. In *Falkingham*, there was evidence of at least recklessness or wilful blindness: a mother, with the knowledge and connivance of another woman who was also charged with child abandonment, had put her child in a hamper and sent it by train to the child’s father without indicating to the railway employees that a child was in the package. The accused had been cautious in “packaging” the child, the mother indicated to the railway clerk to be very careful with it and wrote on the hamper “with care, to be delivered immediately” (p. 223). This indicated awareness of the risk.

[48] What emerges from both the ordinary meaning and the non-exhaustive statutory definition of the words “abandon” and “expose” is the notion of awareness of or recklessness in relation to risk.

[49] That brings me to the word “wilful” found in the s. 214 definition of the terms “abandon” and “expose”. Richards J.A. for the majority of the Court of Appeal placed considerable weight on s. 214’s use of the word “wilful” in concluding that subjective fault was required. The word “wilful” is often (although not always) a strong indication that intention is required: see, e.g., the discussion in *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), at pp. 715-17; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, at

de celles-ci : par. 28 et 47; voir également, p. ex., *R. c. Boulden* (1957), 41 Cr. App. R. 105, p. 110; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384, p. 387. C’est là un des éléments qui, dans *Reedy* (No. 2), ont amené la cour à conclure que la faute doit être subjective (p. 107).

[47] À l’appui de sa thèse d’une faute objective, le ministère public soutient que la définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « exposer » que l’on trouvait dans le *Code* de 1892 (reprise à l’art. 214 du *Code* actuel) provient vraisemblablement des décisions anglaises *Falkingham* et *White*. Même si elles peuvent très bien être à l’origine des définitions, ces décisions n’étaient pas la thèse du ministère public. Dans les deux affaires, des éléments établissaient la commission d’une faute subjective. Dans *White*, la preuve était claire. L’accusée avait intentionnellement et sciemment abandonné et exposé l’enfant en ayant conscience du risque couru. Dans *Falkingham*, la preuve révélait à tout le moins l’insouciance ou l’aveuglement volontaire : de connivance avec une autre femme qui avait par la suite été accusée elle aussi d’abandon d’enfant, une mère avait mis son enfant dans un panier qu’elle avait ensuite expédié par train au père de l’enfant sans informer les employés du transporteur ferroviaire de ce que contenait le colis. L’accusée avait « emballé » l’enfant avec soin, dit au commis de faire très attention au colis et apposé à celui-ci la mention [TRADUCTION] « manipuler avec soin, livrer sans délai » (p. 223), des précautions qui trahissaient sa conscience du risque couru.

[48] La notion de conscience du risque ou d’insouciance à l’égard de celui-ci se dégage du sens ordinaire des mots « abandonner » et « exposer », ainsi que de la définition non exhaustive qu’en donne la loi.

[49] En ce qui concerne le mot « *wilful* » employé dans la version anglaise de la définition de l’art. 214 des mots « abandonner » ou « exposer » (et rendu par le terme « volontaire » en français), le juge Richards, au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, accorde une importance considérable à son emploi à l’art. 214 lorsqu’il conclut au caractère subjectif de la faute requise. L’emploi de ce mot est souvent (mais pas toujours) un bon indice que l’intention est requise : voir, p. ex., l’analyse dans

paras. 108-9, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, at pp. 149-50. While the word is used here only in the non-exhaustive definition of the words “abandon” and “expose” and only in relation to omissions, I agree with Richards J.A. that a wilful omission is the antithesis of a crime involving a mere failure to act in accordance with some minimum level of behaviour. If Parliament had meant to include in the terms “abandon” and “expose” situations in which there is no more than a failure to meet a standard of reasonable conduct, it would not make sense to require that omissions to observe that standard would have to be “wilful”: C.A., at paras. 66-67.

2. The Word “Likely” Does Not Suggest Objective Fault

[50] Ottenbreit J.A., in deciding that only objective fault was required, placed considerable weight on the use of the word “likely” in the non-exhaustive definition of the terms “abandon” or “expose” in s. 214: para. (b) of definition — that is, “dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk”. As he put it, “[t]he terms ‘in a manner . . . likely . . .’ . . . speak of the societal rather than a personal standard of conduct” (para. 32). However, I do not think that the word “likely” in this context is an indication of legislative intent to require only objective fault, for two reasons.

[51] The French version of the s. 214 definition uses the terms “*pouvant l’exposer*” and the French version of the s. 218 offence uses the terms “*exposée à l’être*”. The French wording suggests that the focus is on the outcome of the conduct rather than on the standard of care. This makes it clear that the English word “likely” serves the same purpose. Moreover, as I have discussed, the purpose of the child abandonment offence is to criminalize the creation of the risk of harm; it makes it an offence

R. c. Buzzanga (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 715-717; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, par. 108-109, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, p. 149-150. Certes, l’adjectif n’est employé que dans la définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « exposer » et seulement pour qualifier l’omission, mais je conviens avec le juge Richards que l’omission qui peut être qualifiée de « *wilful* » est l’antithèse du crime qui consiste seulement dans l’inobservation d’une norme de comportement minimale. Si le législateur avait voulu qu’« abandonner » et « exposer » s’entendent de la simple inobservation d’une norme de comportement raisonnable, il ne serait pas logique d’exiger que ce non-respect soit « *wilful* » : C.A., par. 66-67.

2. L’emploi du mot « *likely* » en anglais (« pouvant [l’exposer] », en français) n’indique pas que la faute doit être objective

[50] Pour conclure que la faute doit seulement être objective, le juge Ottenbreit accorde un poids considérable à l’emploi du mot « *likely* » (« pouvant [l’exposer] », en français) dans le second élément de la définition non exhaustive d’« abandonner » ou d’« exposer » à l’art. 214 (al. b de la définition) : « *dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk* », soit en français « [le] fait de traiter un enfant d’une façon pouvant l’exposer à des dangers . . . ». Il dit en effet que [TRADUCTION] « [l]es mots “*in a manner [. . .] likely*” [. . .] évoquent une norme de conduite établie par la société plutôt qu’une norme de conduite personnelle » (par. 32). Or, je ne crois pas que l’utilisation du mot « *likely* » dans ce contexte permette de conclure que le législateur a voulu que la faute soit objective, et ce, pour deux raisons.

[51] Premièrement, pour rendre « *likely* », les expressions « pouvant l’exposer » et « exposée à l’être » sont respectivement employées, dans la version française, à l’art. 214 (définition d’« abandonner » ou d’« exposer ») et à l’art. 218. La version française suggère donc que le législateur s’attache davantage au résultat du comportement qu’à la norme de diligence. Les équivalents anglais « *likely to leave [. . .] exposed* » et « *likely to be* » vont dans le même sens. Deuxièmement, je le répète,

to expose or abandon a child such that its life or health is put at serious risk even if no harm actually results. This is consistent with the well-established view that the criminal law may properly be aimed at preventing the risk of serious harm: see, e.g., *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 776; *Lucas*, at para. 83. The word “likely”, as it is used in both the s. 214 definition and in the offence provision itself (s. 218), is consistent with this preventive purpose. This purpose of criminalizing the creation of a serious risk of harm is not at all inconsistent with a requirement of subjective fault — that is, actual knowledge of the risk of harm — as is clear from the Court’s decision in *Lucas*.

[52] *Lucas* concerned the fault element of publishing a defamatory libel under s. 300 of the *Code*. A defamatory libel is defined in s. 298 to be a “matter published . . . that is likely to injure the reputation of any person”. The Court held that the fault element of the offence requires proof that the accused knew that the published material was defamatory, in other words, that it was “likely to injure the reputation of any person”, *per* Cory J., at paras. 30 and 67-68. Thus, the term “likely to injure the reputation” was found to require proof of subjective fault, i.e. that the accused actually knew of the risk of injury to reputation.

[53] I therefore conclude that the use of the word “likely” in s. 214 (and s. 218) does not suggest an objective fault element; it does not, as I see it, speak of a societal rather than a personal standard of conduct. As in *Lucas*, the use of the word “likely” is simply aimed at criminalizing the creation of risk and, as in *Lucas*, the fault element may require knowledge of that risk.

l’infraction d’abandon d’enfant vise à criminaliser la création du risque de préjudice; elle interdit d’exposer ou d’abandonner un enfant de manière que sa vie ou sa santé soit gravement compromise, même si aucun préjudice n’est infligé dans les faits. Cette interprétation est compatible avec le courant bien établi selon lequel le droit criminel peut fort bien avoir pour objet de prévenir le risque de préjudice grave : voir, p. ex., *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 776; *Lucas*, par. 83. L’emploi des mots « pouvant l’exposer » dans la définition de l’art. 214 et « exposée à l’être » dans la disposition qui crée l’infraction elle-même (art. 218) est compatible avec cet objectif de prévention. Il en va de même de leurs équivalents anglais « *likely to leave [. . .] exposed* » et « *likely to be* ». L’objectif poursuivi en criminalisant la création d’un risque de préjudice grave n’est pas du tout incompatible avec l’exigence d’une faute subjective, qui suppose la connaissance réelle du risque de préjudice, et l’arrêt *Lucas* le confirme clairement.

[52] Ce dernier arrêt porte sur l’élément de faute de l’infraction prévue à l’art. 300 du *Code* qui consiste à publier un libelle diffamatoire. Suivant l’art. 298, le libelle diffamatoire s’entend d’une « matière publiée [. . .] de nature à nuire à la réputation de quelqu’un ». La Cour a statué que l’élément de faute de l’infraction exige la preuve que les accusés savaient que la matière publiée était diffamatoire, autrement dit qu’elle était « de nature à nuire à la réputation de quelqu’un » : le juge Cory, par. 30 et 67-68. Elle conclut donc que l’emploi des mots « de nature à nuire à la réputation de quelqu’un » fait en sorte qu’une faute subjective doit être prouvée, c’est-à-dire que les accusés connaissaient réellement le risque d’atteinte à la réputation.

[53] Je conclus donc que l’emploi des mots « pouvant l’exposer » à l’art. 214 et « exposée à l’être » à l’art. 218 n’emporte pas l’application d’une norme objective pour établir l’élément de faute. À mon avis, ces termes renvoient à une norme de conduite non pas sociale, mais personnelle. Comme dans *Lucas*, l’emploi de ces mots (et de « *likely* » en anglais) vise seulement à criminaliser la création d’un risque, et l’élément de faute requis peut englober la connaissance de ce risque.

3. What Is Not in the Text and the Scheme of the Code Suggest Subjective Fault

[54] In my view, what is *not* in the text of the provision and what surrounds it suggest that a subjective fault element should be implied.

(a) *What Is Not Found in the Text*

[55] There is no doubt that Parliament can and does create criminal offences that require objective rather than subjective fault. How those provisions are drafted sheds some light on the sorts of language used when that is the intent. As I see it, the text of the child abandonment provision does not contain any of the language typically employed by Parliament when it intends to create an offence of objective fault.

[56] I will briefly review five main types of objective fault offences in the *Code* in order to explain why, in my view, a comparison of the way they are drafted with the text of s. 218 supports the inference that the latter requires subjective fault. This will lead me to explain why I reject the Crown's position that penal negligence should apply to the s. 218 offence because it applies to the s. 215 offence of failing to provide the necessities of life.

[57] We come first to offences defined in terms of dangerous conduct. In *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, the Court found that the fault element of the offence of dangerous driving was a manner of driving which constituted a "marked departure" from that expected of a reasonable person in the same circumstances. (See also, more recently, *Beatty* and *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60.) Several factors justified adopting an objective rather than a subjective fault requirement: driving is a regulated activity in which people choose to engage; driving is automatic and reflexive in nature; and the text of the offence focuses on the manner of driving, all of

3. L'absence de certains termes dans le texte et dans le régime établi par le Code indique que la faute doit être subjective

[54] À mon sens, l'*absence* de certains termes dans le texte de la disposition et dans les dispositions voisines permet de conclure que la faute doit être subjective.

a) *Les termes absents du libellé de la disposition*

[55] Assurément, le législateur peut créer et crée des infractions criminelles dont la perpétration exige une faute objective plutôt que subjective. La formulation des dispositions qui créent ces infractions jette un certain éclairage sur la terminologie alors employée. Selon moi, le libellé de la disposition relative à l'abandon d'enfant ne renferme aucun des termes dont se sert habituellement le législateur pour créer une infraction dont la perpétration exige une faute objective.

[56] Je ferai brièvement état de cinq types principaux d'infractions que prévoit le *Code* et qui appellent une faute objective, puis je comparerai leur libellé avec celui de l'art. 218 afin d'étayer ma conclusion selon laquelle la perpétration de l'infraction que crée ce dernier article exige une faute subjective. Je préciserai ensuite les raisons pour lesquelles je rejette la thèse du ministère public voulant que la négligence pénale doive s'appliquer à cette infraction parce qu'elle s'applique à celle prévue à l'art. 215, à savoir l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence.

[57] Examinons d'abord la catégorie des infractions de conduite dangereuse. Dans *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, la Cour a conclu que l'élément de faute de l'infraction de conduite dangereuse s'entendait d'un comportement qui représentait un « écart marqué » par rapport au comportement qu'aurait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. (Voir également les arrêts plus récents *Beatty* et *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60.) Plusieurs considérations ont justifié l'adoption d'une norme objective et non subjective : la conduite d'un véhicule automobile est une activité réglementée à laquelle une personne décide de se livrer, elle fait

which suggest that the offence seeks to impose a minimum uniform standard of care. Cory J. noted, for example, that “[l]icensed drivers choose to engage in the regulated activity of driving. They place themselves in a position of responsibility to other members of the public who use the roads”: *Hundal*, at p. 884 (emphasis added). With respect to the text of the provision, Cory J. observed that it creates an offence of driving “in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances” and this suggests an objective standard: “The ‘manner of driving’ can only be compared to a standard of reasonable conduct” (p. 885). So in the case of dangerous driving both the text and nature of the provision, as well as other factors, provided strong support for an objective fault element. None of those factors is present in the s. 218 offence.

[58] Next, there are offences which are expressed in terms of careless conduct, such as the careless storage of firearms. In *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, the Court concluded that the carelessness targeted by the offence is not consistent with subjective fault. The provision required the Crown to establish that a firearm was used, carried, handled, shipped or stored “in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons”. The use of the word “careless” and the reference to “reasonable precautions” were clear markers of objectively assessed fault (pp. 114-15). There is no similar language in s. 218.

[59] A third category relates to so-called predicate offences. These are offences such as unlawful act manslaughter and unlawfully causing bodily harm which require the commission of an underlying unlawful act. They have been found to require the mental element for the underlying offence but only objective foresight of harm flowing from it: see, e.g., *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944 (unlawfully causing bodily harm); *R. v. Creighton*,

appel aux réflexes et le texte de la disposition créant l’infraction s’attache à la façon de conduire. Tous ces éléments portent à croire que le législateur a voulu imposer une norme de diligence minimale d’application uniforme. Le juge Cory affirme entre autres que « les titulaires de permis choisissent de se livrer à l’activité réglementée qu’est la conduite d’un véhicule automobile. Ils assument ainsi une responsabilité envers tous les autres membres du public qui circulent sur les chemins » : *Hundal*, p. 884 (je souligne). Le juge Cory fait observer que le libellé de la disposition crée l’infraction de conduire « d’une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances », ce qui appelle l’application d’une norme objective : « On ne peut comparer la “façon de conduire” qu’à une norme de comportement raisonnable » (p. 885). Dans le cas de la conduite dangereuse, le libellé et la nature de la disposition créant l’infraction, ainsi que d’autres éléments, militaient clairement en faveur d’une faute objective. Or, aucune de ces considérations ne vaut dans le cas de l’infraction prévue à l’art. 218.

[58] Passons maintenant à la deuxième catégorie, celle des infractions axées sur le comportement négligent, tel l’entreposage négligent d’armes à feu. Dans *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, la Cour a conclu que la négligence réprimée par la disposition ne pouvait être appréciée selon une norme subjective. Le ministère public devait prouver qu’une arme à feu avait été utilisée, portée, manipulée, expédiée ou entreposée « d’une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l’égard de la sécurité d’autrui ». L’emploi des mots « négligente » et « suffisamment de précautions » militait clairement en faveur d’une appréciation objective de la faute (p. 114-115). Or, l’art. 218 ne renferme pas de termes apparentés.

[59] Une troisième catégorie d’infractions est celle des infractions sous-jacentes, tels l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal et l’infliction illégale de lésions corporelles, nécessitant la perpétration d’un autre acte illégal. La Cour a statué qu’il fallait établir l’élément moral de l’infraction sous-jacente, mais uniquement la prévisibilité objective du préjudice en ayant découlé : voir, p. ex., *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944

[1993] 3 S.C.R. 3 (unlawful act manslaughter). Without reiterating the detailed reasons given in those cases, I simply underline that these offences are ones in which the commission of the predicate or underlying offence has actual and serious consequences. As Sopinka J. said in *DeSousa* (at p. 967) and McLachlin J. repeated in *Creighton* (at p. 55): “The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused.” This rationale has no application to s. 218; there is neither a predicate offence nor any need to show that actual harm resulted from the conduct in the child abandonment offence.

[60] On that point, I note that at the court of appeal level, the Crown suggested that the word “unlawfully” in s. 218 was intended to imply that a violation of s. 215 constituted a predicate offence to child abandonment. I disagree. Rather, I agree with Richards J.A. that the word “unlawfully” in s. 218 is mere surplusage that was left from the original text in *An Act respecting Offences against the Person* (1869), s. 26: see, e.g., *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 886-87. The commission of a s. 215 offence, or any other offence, is not required for purposes of a child abandonment conviction. Section 218 has a broader application than s. 215, which only applies to specific individuals. To hold that a conviction under s. 218 is dependent upon a conviction under s. 215 would overlook the words “[e]very one” in s. 218, would void para. (b) of the s. 214 definition of meaning, and would render s. 218 redundant, as it would serve the exact same purpose as s. 215. Section 218 does not provide for a greater sentence and therefore it is not merely an enhanced form of s. 215, in the way that, for example, unlawfully causing bodily harm (s. 269, maximum sentence of 10 years) is an enhanced version of assault (s. 266, maximum sentence of 5 years).

(infliction illégale de lésions corporelles); *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal). Sans reprendre les motifs détaillés de ces deux arrêts, soulignons simplement que, dans le cas de ces infractions, la perpétration de l’infraction sous-jacente a des conséquences réelles et graves. Le juge Sopinka a affirmé ce qui suit dans *DeSousa* (p. 967), propos que la juge McLachlin a rappelés dans *Creighton* (p. 55) : « Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu’il est acceptable d’établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. » Ce principe ne s’applique pas à l’art. 218; il n’y a pas d’infraction sous-jacente, et point n’est besoin de montrer que l’abandon d’enfant a réellement causé un préjudice.

[60] Je signale à ce sujet que le ministère public a soutenu en cour d’appel que l’emploi du mot « illicitement » à l’art. 218 visait à faire tacitement de la violation de l’art. 215 une infraction sous-jacente à celle d’abandon d’enfant. Je ne partage pas cet avis. Je conviens plutôt avec le juge Richards que le mot « illicitement » employé à l’art. 218 est un terme superfétatoire repris du texte original de l’*Acte concernant les offenses contre la Personne* (1869), art. 26 : voir, p. ex., *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 886-887. La perpétration d’une infraction prévue par l’art. 215 ou d’une autre infraction n’est pas nécessaire aux fins d’obtenir une déclaration de culpabilité d’abandon d’enfant. L’article 218 a une plus grande portée que l’art. 215, lequel ne s’applique qu’à certaines personnes. Conclure qu’une déclaration de culpabilité fondée sur l’art. 218 est tributaire d’une déclaration de culpabilité prenant appui sur l’art. 215 revient à faire abstraction du mot « [q]uiconque » employé à l’art. 218, à priver de sens l’al. b) de la définition de l’art. 214 et à rendre l’art. 218 redondant en ce que son objet est alors exactement le même que celui de l’art. 215. L’article 218 ne prévoit pas une peine plus lourde et ne constitue donc pas simplement une disposition plus sévère que l’art. 215, contrairement, par exemple, à l’infliction illégale de lésions corporelles (art. 269, emprisonnement maximal de 10 ans), qui est une version plus grave de l’infraction de voies de fait (art. 266, emprisonnement maximal de 5 ans).

[61] I should also refer to the offences based on criminal negligence: see, e.g., ss. 219, 220 and 221. Criminal negligence is defined as conduct that “shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons” (s. 219). The text of this provision has fueled much debate about the required fault element. The use of the word “negligence” in the name of the offence suggests an objectively defined standard consistent with the meaning of the word “negligence” in the common law of torts. On the other hand, the words “wanton and reckless disregard” could be taken as describing actual knowledge of the risk created by the conduct and therefore a subjective fault element: see *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265, at pp. 269-70. Ultimately, the Court decided that proof of intention or actual foresight of a prohibited consequence is not required. Rather, criminal negligence requires a marked and substantial departure from the conduct of a reasonably prudent person in circumstances in which the accused either recognized and ran an obvious and serious risk or, alternatively, gave no thought to that risk: *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, at paras. 7-11.

[62] This approach to the fault element in the criminal negligence offences does not in my view suggest that a similar, objective fault approach should be taken to the child abandonment provision that concerns us in this case. Unlike the criminal negligence offences, the s. 218 offence is not described as being concerned with conduct that is governed by a community standard rather than an individual appreciation of the circumstances.

[63] I turn to a fifth and final category, one strongly relied on by the Crown in its submissions. That category consists of the duty-based offence in s. 215 of the *Code*. Consideration of this category and of this submission requires a closer look at the scheme of the *Code* and the Court’s decision in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122.

[61] Il convient également de mentionner les infractions relatives à la négligence criminelle : voir, p. ex., les art. 219, 220 et 221. Est coupable de négligence criminelle la personne qui « montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui » (art. 219). Le libellé de cette disposition a suscité bien des débats au chapitre de l’élément de faute requis. L’emploi du mot « négligence » pour désigner l’infraction suppose l’application de la norme objective qu’appelle le mot « négligence » en responsabilité civile délictuelle. Par contre, on pourrait considérer que l’expression « insouciance déréglée ou téméraire » renvoie à la connaissance réelle du risque créé, de sorte que la faute serait subjective : voir *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, p. 269-270. La Cour a finalement décidé que ni la preuve de l’intention, ni celle de la prévision réelle d’une conséquence prohibée n’étaient nécessaires. La négligence criminelle exige en fait un écart marqué et important par rapport à la conduite d’une personne raisonnablement prudente dans des circonstances où l’accusé soit a eu conscience d’un risque grave et évident sans pour autant l’écarter, soit ne lui a accordé aucune attention : *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, par. 7-11.

[62] À mon avis, cette conception de la faute dans le contexte d’une infraction de négligence criminelle ne permet pas de conclure que la faute visée par la disposition relative à l’abandon d’un enfant — l’infraction considérée en l’espèce — doit elle aussi être appréciée objectivement. Contrairement aux infractions de négligence criminelle, celle prévue à l’art. 218 n’est pas formulée de manière à viser une conduite assujettie à une norme sociale plutôt qu’à une appréciation individuelle des circonstances.

[63] Je passe maintenant à la cinquième et dernière catégorie, sur laquelle le ministère public s’appuie d’ailleurs grandement dans son argumentation, celle de l’infraction fondée sur une obligation créée à l’art. 215 du *Code*. L’analyse de cette catégorie et de la thèse du ministère public requiert un examen approfondi du régime établi par le *Code*, de même que de l’arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122.

(b) *The Scheme of the Code*

[64] Various legal duties are set out in ss. 215, 216, 217 and 217.1, including duties to provide the necessities of life and to use reasonable knowledge, skill and care in administering surgical or medical treatment. However, s. 215 is the only provision that creates an offence, that of failing to provide the necessities of life. The Court in *Naglik* held that this offence is one of objective fault and the Crown appellant submits that the same reasoning should apply to the abandonment offence under s. 218.

[65] Respectfully, this submission is not persuasive. The s. 215 offence is structured entirely differently than the s. 218 offence that concerns us here and the reasoning of *Naglik* is not applicable to the s. 218 offence. That reasoning in fact supports the view that *subjective* fault is required in s. 218. Finally, the different purposes served by both offences also support that view.

[66] Consider first the differences in the text of the two provisions. Unlike the s. 218 child abandonment offence, the s. 215 necessities of life offence considered in *Naglik* is defined in terms of failure to perform specified legal duties. What is more, these specified legal duties arise out of specified relationships between the person owing the duty and the person to whom the duty is owed. (The text of s. 215 is found in the Appendix.)

[67] The essence of the s. 215 offence, then, is that it imposes legal duties arising out of defined relationships. It is clear that the decision in *Naglik* was based on that premise. Lamer C.J. writes, in *Naglik*:

With respect to the wording of s. 215, while there is no language in s. 215 such as “ought to have known”

b) *Le régime établi par le Code*

[64] Les articles 215, 216, 217 et 217.1 énoncent diverses obligations, dont celles de fournir les choses nécessaires à l’existence et d’apporter une connaissance, une habileté et des soins raisonnables lors de l’administration d’un traitement chirurgical ou médical. Toutefois, l’art. 215 est le seul qui crée une infraction, soit celle d’omettre, dans certaines circonstances, de fournir les choses nécessaires à l’existence. Dans l’arrêt *Naglik*, la Cour a conclu que la faute qui sous-tend cette infraction est objective et le ministère public appelant soutient qu’il en va de même pour l’infraction d’abandon d’enfant prévue à l’art. 218.

[65] En toute déférence, l’argument ne me convainc pas. L’infraction prévue à l’art. 215 est formulée de manière tout à fait différente de celle qui est créée à l’art. 218 et qui nous occupe en l’espèce. Le raisonnement suivi dans l’arrêt *Naglik* ne vaut pas à l’égard de cette dernière infraction. Il milite en fait en faveur de l’exigence d’une faute *subjective* pour l’application de l’art. 218. Enfin, le fait que les deux infractions ont des objets différents étaye en outre ce point de vue.

[66] Examinons d’abord ce qui distingue le libellé des deux dispositions. Contrairement à l’infraction d’abandon d’enfant créée à l’art. 218, celle prévue à l’art. 215 et qui consiste à ne pas fournir les choses nécessaires à l’existence — l’infraction en cause dans *Naglik* — est formulée de façon à s’entendre de l’omission de s’acquitter d’obligations légales précises. Qui plus est, chacune de ces obligations légales découle du lien existant entre la personne qui a l’obligation et celle qui en bénéficie. (Le texte de l’art. 215 est reproduit en annexe.)

[67] L’infraction prévue à l’art. 215 vise donc essentiellement à imposer des obligations en fonction de l’existence de liens déterminés. Dans l’arrêt *Naglik*, qui retient clairement cette prémisse, le juge en chef Lamer dit ce qui suit :

En ce qui concerne le texte de [l’]article [215], bien qu’on n’y retrouve aucune expression du genre

indicating that Parliament intended an objective standard of fault, the language of s. 215 referring to the failure to perform a “duty” suggests that the accused’s conduct in a particular circumstance is to be determined on an objective, or community, standard. The concept of a duty indicates a societal minimum which has been established for conduct: as in the law of civil negligence, a duty would be meaningless if every individual defined its content for him- or herself according to his or her subjective beliefs and priorities. Therefore, the conduct of the accused should be measured against an objective, societal standard to give effect to the concept of “duty” employed by Parliament. [p. 141]

[68] The Crown submits that this reasoning applies equally to s. 218 because that offence, too, may be committed by a person who fails in a legal duty to take charge of a child. I do not accept this position. While failure to perform a duty imposed by law on persons in particular relationships is the essence of the offence created by s. 215, this is not at all the case with respect to child abandonment under s. 218. This is why the reasoning of *Naglik* cannot apply to s. 218. The child abandonment offence may be committed by “[e]very one”; it is not restricted to persons in particular relationships or under specified, statutorily created legal duties. The concept of duty in the child abandonment offence becomes relevant only in relation to an omission and is found in the non-exhaustive definition of “abandon” or “expose”. Those terms include “a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so”: para. (a) of the s. 214 definition. In my opinion, the reference to “legal duty” in relation to omissions in this section simply gives effect to the common law principle that criminal responsibility generally does not arise from an omission unless there is a pre-existing legal duty to act: see, e.g., Roach (2012), at p. 115; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 95. Therefore, the effect of the reference to duty in para. (a) of the s. 214 definition is to ensure that the offence applies to omissions by those with a legal duty towards a child. However, the child abandonment offence does not impose any such duties and people with no duty may be liable, but only for positive acts

« aurait dû savoir » indiquant l’intention du législateur d’établir une norme objective de faute, le fait qu’il y est question de l’omission de remplir une « obligation » donne à entendre que la conduite de l’accusé dans des circonstances particulières est à apprécier selon une norme objective, c’est-à-dire une norme de la société. La notion d’obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l’égard d’une conduite donnée : comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. La conduite de l’accusé devrait en conséquence s’apprécier en fonction d’une norme objective ou d’une norme de la société afin de donner effet à la notion d’« obligation » à laquelle a recouru le législateur. [p. 141]

[68] Le ministère public soutient que ce raisonnement vaut également pour l’art. 218 car l’infraction qui y est créée peut aussi être commise par une personne qui omet de remplir l’obligation légale de prendre soin d’un enfant. Je ne suis pas d’accord. Si l’essence même de l’infraction créée à l’art. 215 réside dans l’omission d’une personne de remplir l’obligation qui lui incombe légalement vis-à-vis d’une personne ayant un lien particulier avec elle, ce n’est pas du tout le cas de l’infraction que prévoit l’art. 218, soit l’abandon d’enfant. C’est pourquoi le raisonnement qui sous-tend l’arrêt *Naglik* ne saurait valoir en l’espèce. L’infraction que crée l’art. 218 peut être commise par « [q]uiconque »; elle ne vise pas que la personne ayant un lien particulier avec une autre ou une obligation légale précise. La notion d’obligation n’est pertinente aux fins de l’infraction d’abandon d’enfant qu’en liaison avec l’omission dont fait mention la définition non exhaustive des termes « abandonner » ou « exposer » (« l’omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d’un enfant » : al. a) de la définition de l’art. 214. À mon avis, l’emploi des mots « légalement tenue » en liaison avec les omissions visées par la disposition donne simplement effet au principe de common law voulant qu’une omission n’engage généralement pas la responsabilité criminelle, sauf obligation légale d’agir préexistante : voir, p. ex., Roach (2012), p. 115; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 95. Par conséquent, le renvoi de l’al. a) de la définition de l’art. 214 à une obligation fait en sorte que seule soit visée l’omission de s’acquitter d’une

captured, for example, by the words “dealing with” in para. (b) of the s. 214 definition.

[69] The brief comments about the child abandonment offence in both Stuart, at p. 96, and Roach (2012), at p. 116, do not support the view that the fault element of the offence is objective. Rather they point out, as I have just discussed, that the concept of duty appears in this offence only in relation to omissions. As for the Manning and Sankoff treatise, it expresses the view the s. 218 offence is “entirely superfluous” (p. 826) — a conclusion with which I disagree for the reasons I have already set out. I note that some of the case law cited by Manning and Sankoff involved parents who were convicted of child abandonment for having *knowingly* left their child in risky circumstances: p. 827, notes 155-56; *Christiansen*, at para. 8; *R. v. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301 (Alta. Q.B.), at p. 303.

[70] Further, it seems to me that the clearly different structures of the text of s. 218 on one hand, and the duty-based offence in s. 215 on the other, support the view that the s. 218 offence is different. Where Parliament intended to base an offence on violation of a duty, s. 215 shows that it could find the language to do so clearly. None of this sort of language appears in s. 218.

[71] The distinct structure and wording of the child abandonment offence also counter any suggestion that its placement in the same part of the *Code* with the sections creating legal duties (i.e. ss. 215 to 217.1) informs the nature of the required fault element. The placement of a provision within the *Code* or the elements of other offences in the same part of the *Code* do not often assist in determining the nature of its fault requirement and are particularly unhelpful here: see, e.g., *Pappajohn*, at p. 146. While the provision is placed under the heading “Duties Tending to Preservation of Life”,

obligation légale envers un enfant. Or, l’infraction d’abandon d’enfant n’impose pas une telle obligation légale. La personne qui n’a pas cette obligation légale peut être tenue responsable, mais seulement pour une action concrète, ce qui est entre autres confirmé par l’expression « du fait de traiter » employée à l’al. b) de la définition de l’art. 214.

[69] Les brèves remarques de Stuart (p. 96) et de Roach (2012) (p. 116) sur l’infraction d’abandon d’enfant n’appuient pas la thèse que l’élément de faute de l’infraction doit être établi de manière objective. Elles soulignent plutôt, comme je le dis précédemment, que la notion d’obligation ne vaut, aux fins de cette infraction, qu’en liaison avec une omission. Dans leur traité, Manning et Sankoff se disent d’avis que l’infraction créée à l’art. 218 est [TRADUCTION] « totalement superflue » (p. 826), ce avec quoi je ne suis pas d’accord pour les motifs exposés précédemment. Signalons que dans certaines des affaires qu’ils citent, des parents ont été reconnus coupables d’abandon d’enfant parce qu’ils avaient *sciemment* laissé leur enfant dans des circonstances où celui-ci était exposé à un risque : p. 827, notes 155-156; *Christiansen*, par. 8; *R. c. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301 (C.B.R. Alb.), p. 303.

[70] En outre, il me semble que la formulation nettement différente de l’art. 218, d’une part, et de l’infraction fondée sur une obligation prévue à l’art. 215, d’autre part, permet de conclure que l’infraction prévue à l’art. 218 est différente. Il appert de l’art. 215 que, lorsqu’il veut fonder une infraction sur le manquement à une obligation, le législateur recourt au libellé qui s’impose, ce qui n’est pas du tout le cas à l’art. 218.

[71] La formulation et le libellé distincts de la disposition relative à l’abandon d’enfant écartent également l’idée que son emplacement dans la même partie du *Code* que les articles qui créent des obligations légales (c.-à-d. les art. 215 à 217.1) est déterminant quant à la nature de l’élément de faute requis. L’emplacement d’une disposition dans le *Code* ou les éléments constitutifs des infractions créées par les autres dispositions de la même partie du *Code* permettent rarement d’établir la nature de la faute requise et ils ne sont d’aucune utilité en l’espèce : voir, p. ex., *Pappajohn*, p. 146. Même si

the marginal note of s. 218, “Abandoning child” is the only one of the five sections under this heading which does *not* have the word “duty” in its marginal note. If anything, this tends to underline that it is different from the other provisions.

[72] The child abandonment offence has the same range of possible punishments as does the objective fault offence of failing to provide necessaries in s. 215. However, the range of punishments says little about the required fault element. To take a stark example, criminal negligence causing death, with a possible punishment of life in prison, has an objective fault element requirement. Theft under five thousand dollars, which may be prosecuted by summary conviction, is an offence not only requiring subjective fault but specific intent. I do not find any help in defining the fault requirement of the child abandonment offence that other offences which may be punished with the same or even greater periods of imprisonment require only objective fault.

(c) *Conclusion on the Text of the Provision and Scheme of the Code*

[73] To sum up, none of the considerations that persuaded the Court to adopt an objective fault standard in the categories of offences I have just reviewed is present in the child abandonment offence under s. 218. The prohibition applies to everyone, not just to a particular group engaged in a regulated activity or standing in a particular, defined relationship with the alleged victim. Nothing in the text suggests an intention to impose a minimum and uniform standard of care. There are no references in the text to “dangerous”, “careless” or “reasonable” conduct or any requirement to take “reasonable precautions”. There is no predicate offence and no actual harm is required by the provision. The provision does not create, define or impose a duty to do anything other than in the sense that all criminal offences could be considered to create a duty not to commit them.

l’art. 218 figure à la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie », il est le seul des cinq articles de la rubrique dont la note marginale — « Abandon d’un enfant » — *ne* renferme *pas* le mot « obligation » ou « devoir ». Et s’il faut en conclure quelque chose, c’est que la disposition se distingue des autres.

[72] L’infraction d’abandon d’enfant prévoit la même échelle de peines que celle d’omettre de fournir les choses nécessaires à l’existence créée à l’art. 215 et dont la perpétration suppose une faute objective. L’échelle des peines est cependant peu révélatrice de l’élément de faute requis. La négligence criminelle ayant causé la mort, une infraction punissable de l’emprisonnement à perpétuité et dont la perpétration exige la preuve d’une faute objective, en est l’exemple patent. À l’opposé, le vol d’un bien dont la valeur est d’au plus cinq mille dollars, punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, exige non seulement une faute subjective, mais aussi une intention spécifique. Le fait que d’autres infractions punissables d’un emprisonnement d’une durée égale ou supérieure requièrent seulement une faute objective n’aide en rien à définir la faute applicable à l’infraction d’abandon d’enfant.

c) *Conclusion sur le libellé de la disposition et le régime établi par le Code*

[73] En résumé, aucune des considérations qui ont amené la Cour à adopter une norme de faute objective pour les catégories d’infractions examinées précédemment ne vaut pour l’infraction d’abandon d’enfant prévue à l’art. 218. L’interdiction est faite à quiconque, et non seulement à un groupe donné se livrant à une activité réglementée ou ayant un lien précis et défini avec la victime alléguée. Aucun élément du libellé ne donne à penser que le législateur a voulu imposer une norme de diligence minimale d’application uniforme. Nulle mention n’est faite d’un comportement « dangereux », « négligent » ou « raisonnable », ou de l’obligation de prendre des « précautions raisonnables ». Il n’y a pas d’infraction sous-jacente, et nul préjudice réel n’est requis. La disposition ne crée, ne définit et n’impose rien au-delà de l’obligation, commune à toutes les infractions criminelles, de ne pas commettre l’acte prohibé.

[74] I conclude that both what is present in s. 218 of the *Code* and its related provisions and what is absent from it strongly support the view that a subjective fault element is required.

E. *Conclusion*

[75] In my view, the text, context and purpose of s. 218 of the *Code* show that subjective fault is required. It follows that the trial judge did not err in acquitting the respondent on the basis that this subjective fault requirement had not been proved. The Court of Appeal was correct to uphold the acquittal.

V. Disposition

[76] I would dismiss the appeal.

The reasons of Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[77] Section 218 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “*Code*”), makes it an offence to abandon or expose a child under the age of 10 so that the child’s life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured. The question presented in this appeal concerns the mental element, or *mens rea*, that applies to the proscribed consequences of abandonment or exposure, namely, the risk of death or permanent injury to the child’s health. Specifically, is fault to be judged subjectively, which is to say, focusing on whether the accused actually knew that abandoning the child would put its life or health in danger? Or is it to be judged objectively, focusing on whether a reasonable person in the same circumstances would have known that abandoning the child would put its life or health in danger? Notwithstanding this crime’s ancient lineage — and the vital purpose it serves in protecting the most vulnerable among us — it is a question about which this Court has not spoken.

[74] Je conclus que tant les éléments présents à l’art. 218 du *Code* et ses dispositions connexes que ceux qui en sont absents étayent solidement la thèse selon laquelle la faute doit être subjective.

E. *Conclusion*

[75] À mon avis, le libellé, le contexte et l’objet de l’art. 218 du *Code* militent en faveur du caractère subjectif de la faute requise. Par conséquent, le juge du procès n’a pas eu tort d’acquitter l’intimée au motif qu’une telle faute n’avait pas été prouvée. La Cour d’appel a eu raison de confirmer l’acquittal.

V. Dispositif

[76] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[77] L’article 218 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « *Code* »), criminalise le fait d’abandonner ou d’exposer un enfant de moins de 10 ans de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l’être. Le pourvoi a trait à l’élément moral (ou *mens rea*) lié aux conséquences prohibées de l’abandon ou de l’exposition, à savoir le risque de décès de l’enfant ou de préjudice permanent à sa santé. Plus précisément, faut-il apprécier subjectivement la faute, c’est-à-dire déterminer si l’accusé savait bel et bien que l’abandon de l’enfant mettrait sa vie ou sa santé en danger, ou faut-il l’apprécier objectivement et se demander si une personne raisonnable s’étant trouvée dans la même situation aurait su que l’abandon de l’enfant mettrait sa vie ou sa santé en danger? Malgré les origines lointaines de cette infraction — et son objectif fondamental de protéger les plus vulnérables d’entre nous —, il s’agit d’un sujet sur lequel la Cour ne s’est pas encore prononcée.

[78] The facts and judgments below have been set out by Cromwell J. for the majority, whose reasons I have had the opportunity of reading. Like the majority, I too would uphold the respondent's acquittal, but for reasons that differ from those of Justice Cromwell.

[79] My colleague concludes that s. 218 requires subjective foreseeability of the consequences that follow or are likely to follow upon the child being abandoned or exposed. Under this approach, to sustain a conviction, the Crown would be required to prove, among other things, that upon abandoning or exposing the child, the accused foresaw that his or her conduct placed or was likely to place the child at risk of death or permanent injury, and went ahead anyway, reckless as to the consequences.

[80] Respectfully, I do not read the provision as requiring such a high degree of fault in respect of the proscribed consequences. Nor do I believe that such an interpretation reflects Parliament's will.

[81] In its essence, s. 218 is child protection legislation. It seeks to protect a limited class of people (children under the age of 10) from two defined risks (death or permanent injury) that occur or are likely to occur from abandoning or exposing the child. And, as I will explain, the section is aimed at three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury: (1) those who have a pre-existing and an ongoing legal duty to take charge of the child; (2) those who choose to come to the aid of the child in that situation; and (3) those who place the child in that situation.

[82] Construed this way, as I believe s. 218 is meant to be, penal negligence is sufficient to satisfy the fault component of the provision as it relates to the consequences of abandoning or exposing a child. To prove penal negligence, the Crown must establish that a reasonable person would have foreseen that his or her conduct placed, or was likely to place, the child at risk of death or

[78] J'ai eu l'occasion de lire les motifs des juges majoritaires, rédigés par le juge Cromwell, qui exposent les faits et l'historique judiciaire. Comme la majorité, je suis d'avis de confirmer l'acquittal de l'intimée, mais pour d'autres motifs.

[79] Mon collègue estime que l'art. 218 exige la prévision subjective des conséquences qui s'ensuivent ou qui sont susceptibles de s'ensuivre pour l'enfant de l'abandon ou de l'exposition de ce dernier. Suivant cette interprétation, pour justifier une déclaration de culpabilité, le ministère public est tenu d'établir entre autres qu'en abandonnant ou en exposant l'enfant, l'accusé a prévu qu'il lui ferait courir un risque de décès ou de préjudice permanent, ou qu'il l'exposerait à ce risque, et qu'il a persisté malgré tout, sans se soucier des conséquences.

[80] En toute déférence, je ne crois pas que la disposition commande l'application d'une norme de preuve aussi stricte pour établir la faute liée aux conséquences prohibées, ni que pareille interprétation concorde avec l'intention du législateur.

[81] L'article 218 a essentiellement pour objet de protéger les enfants. Il vise à soustraire une catégorie de personnes (les enfants de moins de 10 ans) à deux risques précis (le décès ou le préjudice permanent) qui découlent ou qui sont susceptibles de découler de l'abandon ou de l'exposition. Comme je l'explique ci-après, il cible trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent : (1) celle qui a l'obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin de l'enfant, (2) celle qui, dans cette situation, décide de venir en aide à l'enfant et (3) celle qui est à l'origine de la situation.

[82] Suivant cette interprétation de l'art. 218 qui est à mon sens la bonne, la négligence pénale suffit pour établir la faute requise par la disposition en ce qui a trait aux conséquences de l'abandon ou de l'exposition d'un enfant. Dès lors, le ministère public doit établir qu'une personne raisonnable aurait prévu que sa conduite faisait courir ou était susceptible de faire courir à l'enfant un risque de

permanent injury and that the accused's conduct constituted a marked departure from that expected of a reasonable person in the circumstances.

[83] The recognized tools of statutory interpretation support the conclusion that penal negligence is the requisite fault element for the proscribed consequences in s. 218 of the *Code*. In what follows, I propose to canvass the plain language of the provision, its legislative history, relevant scholarly opinion, and this Court's precedents in an attempt to establish as much. But I also propose to rely on some common sense. Indeed, when one steps back from the mechanistic and often result-driven application of the seemingly endless and at times contradictory tools of statutory interpretation, common sense may, and generally will, prove to be the best guide to statutory interpretation. It certainly is here, as I will explain.

II. Analysis

A. *Understanding the Elements of the Offence of Child Abandonment*

[84] As with all offences, to secure a conviction under s. 218, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, that the conduct of the accused satisfies every element of the offence. For convenience, I set out the provision in its entirety:

218. [Abandoning child] Every one who unlawfully abandons or exposes a child who is under the age of ten years, so that its life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured,

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

Section 214 of the *Code* defines the words "abandon" and "expose" for the purposes of s. 218, and reads as follows:

décès ou de préjudice permanent, et que la conduite de l'accusé représente un écart marqué par rapport à ce dont on se serait attendu d'une personne raisonnable dans les circonstances.

[83] Les méthodes d'interprétation législative reconnues appuient la conclusion que la négligence pénale correspond à l'élément de faute requis à l'égard des conséquences prohibées à l'art. 218 du *Code*. Afin d'étayer ma thèse, je me propose maintenant d'étudier le texte de l'art. 218, son historique, le point de vue des auteurs et la jurisprudence de la Cour. De plus, je compte faire appel au simple bon sens. En effet, lorsqu'on renonce à recourir mécaniquement et souvent en fonction du résultat recherché aux méthodes d'interprétation apparemment innombrables et parfois contradictoires, le recours au bon sens peut se révéler et se révèle généralement être la meilleure option. C'est assurément le cas en l'espèce, comme je l'explique plus loin.

II. Analyse

A. *Les éléments constitutifs de l'infraction d'abandon d'enfant*

[84] Comme dans le cas de toute infraction, pour que l'accusé soit déclaré coupable de l'infraction prévue à l'art. 218, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. Voici d'ailleurs le texte intégral de la disposition :

218. [Abandon d'un enfant] Quiconque illicitement abandonne ou expose un enfant de moins de dix ans, de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l'être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l'être est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

Aux fins de l'application de l'art. 218, l'art. 214 du *Code* définit comme suit les mots « abandonner » et « exposer » :

214. In this Part,

“abandon” or “expose” includes

(a) a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so, and

(b) dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection;

[85] It bears noting that the offence under s. 218 is not concerned with an act of abandonment or exposure in the abstract, or even the act of abandoning or exposing any child. Rather, it is concerned with an act of abandoning or exposing a child under 10 so that the child is subject to certain risks. There are thus three distinct elements, as follows:

1. an act of abandonment or exposure,
2. of a child under the age of 10,
3. so that the child’s life is or is likely to be endangered *or* its health is or is likely to be permanently injured.

[86] These three elements have been termed “acts”, “circumstances” and “consequences”. See D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13th ed. 2011), at p. 56. The act — here, abandonment or exposure — speaks to the conduct that, on its own or because of its consequences, the law seeks to punish. The circumstances — here, a child under 10 — bring more specificity to the conduct by identifying certain facts or conditions that must be present. Finally, the consequences — here, the risk to the child’s life or health — are the result that the law seeks to prevent. Breaking an offence down into its various parts is important because, as Professor Ormerod observes, “the law may require different mental elements for the various constituents” (p. 56). This is true with respect to s. 218 and, for reasons I will explain, care must thus be taken to distinguish between the act, its circumstances and its consequences in assessing the requisite *mens rea* for the offence.

214. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

« abandonner » ou « exposer » S’entend notamment :

a) de l’omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d’un enfant;

b) du fait de traiter un enfant d’une façon pouvant l’exposer à des dangers contre lesquels il n’est pas protégé;

[85] Il convient de signaler que l’infraction prévue à l’art. 218 ne s’entend pas de l’acte d’abandon ou d’exposition dans l’abstrait, ni même de l’abandon ou de l’exposition de n’importe quel enfant. Elle s’entend de l’abandon ou de l’exposition d’un enfant de moins de 10 ans de manière à lui faire courir certains risques. L’infraction est donc constituée de trois éléments distincts :

1. l’acte d’abandon ou d’exposition,
2. d’un enfant de moins de 10 ans,
3. de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, *ou* que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l’être.

[86] D’aucuns les ont appelés « acte », « circonstances » et « conséquences ». Voir D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13^e éd. 2011), p. 56. L’acte, à savoir l’abandon ou l’exposition, s’entend de la conduite que le législateur vise à réprimer en raison de sa nature ou de ses conséquences. Les circonstances, à savoir l’âge de l’enfant (moins de 10 ans), circonscrivent la conduite en précisant certaines données ou certaines conditions qui doivent être réunies. Enfin, les conséquences, à savoir le risque pour la vie ou la santé de l’enfant, s’entendent du résultat que le législateur cherche à empêcher. Il importe de réduire une infraction à ses différentes composantes car, comme le fait remarquer le professeur Ormerod, [TRADUCTION] « à chacun des éléments constitutifs peut correspondre un élément moral différent » (p. 56), ce qui est le cas de l’art. 218. Pour les motifs que j’expose ci-après, il faut donc établir une distinction entre l’acte, ses circonstances et ses conséquences pour déterminer la *mens rea* que commande l’infraction.

[87] The *mens rea* of an offence “does not exist in the air or in the abstract but must be related to certain consequences or circumstances” (K. Roach, *Criminal Law* (5th ed. 2012), at p. 164). As a general rule, a mental element, whether subjective or objective, will accompany each physical element of a crime, be it the act, its circumstances or its consequences. For example, as the third element in s. 218 requires that the child’s life or health is or is likely to be placed at risk, absent an exception to the rule, there must be an accompanying mental element of some kind, whether subjective or objective, that addresses the accused’s state of mind in respect of the risk to the child.

[88] Furthermore, it is worth recalling that a particular offence may well have some mental elements that are assessed subjectively and others that are assessed objectively. In *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 80, L’Heureux-Dubé J., for the majority, refused to accept that “an offence must be either subjective or objective with no possible middle ground”. In her view,

the *mens rea* of a particular offence is composed of the totality of its component fault elements. The mere fact that most criminal offences require some subjective component does not mean that every element of the offence requires such a state of mind. [Emphasis in original; para. 80.]

With that point in mind, one must be careful not to speak of a crime as requiring simply subjective or objective *mens rea*. Such conclusions “tel[l] only part of the story”, and a “more precise approach” requires identifying each mental element in relation to its coordinate physical element (Roach, at p. 164). Accordingly, the task before us is to identify the mental element *for each* of the three physical elements of the offence of child abandonment — the act, the circumstances and the consequences.

[89] That brings me to the presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element. My colleague does a thorough analysis of the subject and concludes that

[87] La *mens rea* d’une infraction [TRADUCTION] « n’existe pas indépendamment de tout contexte ou dans l’abstrait; elle doit plutôt être mise en relation avec certaines conséquences ou circonstances » (K. Roach, *Criminal Law* (5^e éd. 2012), p. 164). En règle générale, un élément moral, qu’il soit subjectif ou objectif, correspond à chacun des éléments constitutifs d’un crime, qu’il s’agisse de l’acte, de ses circonstances ou de ses conséquences. Par exemple, comme le troisième élément de l’art. 218 nécessite que la vie ou la santé de l’enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, sauf exception, un quelconque élément moral, subjectif ou objectif, doit correspondre à l’état d’esprit de l’accusé quant au risque couru par l’enfant.

[88] En outre, il vaut la peine de rappeler qu’il se peut fort bien que certains éléments moraux d’une infraction doivent être appréciés subjectivement et que d’autres doivent l’être objectivement. S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 80, la juge L’Heureux-Dubé a disconvencu qu’« une infraction doit être soit subjective soit objective, sans moyen terme ». Selon elle,

la *mens rea* d’une infraction donnée se compose de l’ensemble de ses divers éléments de faute. Le simple fait que la plupart des infractions criminelles exigent un certain élément subjectif ne signifie pas que chacun des éléments de l’infraction exige un tel état d’esprit. [Souligné dans l’original; par. 80.]

Il faut donc se garder d’affirmer qu’une infraction criminelle exige simplement une *mens rea* subjective ou objective, car ce serait [TRADUCTION] « ne brosser qu’une partie du tableau » (Roach, p. 164). Une « démarche plus précise » requiert que l’on relie chacun des éléments matériels à l’élément moral correspondant (p. 164). Il faut dès lors déterminer quel élément moral correspond à *chacun* des trois éléments matériels de l’infraction d’abandon d’enfant que sont l’acte, ses circonstances et ses conséquences.

[89] Passons à la présomption selon laquelle le législateur veut que la perpétration d’une infraction criminelle requiert la commission d’une faute subjective. Mon collègue analyse la question en profondeur et conclut que

the presumption of subjective fault is not an outdated rule of construction which is at odds with the modern approach to statutory interpretation repeatedly endorsed by the Court. On the contrary, the presumption forms part of the context which the modern approach requires to be considered. [para. 28]

[90] I do not take issue with that observation. Care must be taken, however, to keep the presumption in its proper perspective. As Morris Manning and Peter Sankoff observe in their treatise:

While generally correct, even [the presumption of subjective *mens rea*] runs the possibility of being misinterpreted. Although subjective fault is clearly the preferred standard, this has not always extended to every element of the offence, and it is particularly controversial in relation to the mental foresight required for particular consequences. [Emphasis added.]

(*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 153)

[91] The authors' caution is well founded. A line of decisions from this Court, beginning with *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, have made clear that criminal law may justifiably "distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused" (p. 967). Thus, for so-called "predicate" offences, the law requires subjective *mens rea* only for the underlying act, while accepting objective *mens rea* for the *consequences* that flow from that act. As McLachlin J. (as she then was) aptly put it in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 54, "[c]onsequences can be important."

[92] More broadly, however, the adoption of objective *mens rea* for the consequences of a particular act is not confined to predicate offences. Such a narrow approach would "not [be] consistent with the way in which this Court has defined standards of fault" (*Hinchey*, at para. 81). In the end, "the question of which crimes can legitimately possess objective fault elements . . . will often depend on the wording of a particular section as well as its legislative purpose and context"

la présomption d'une faute de nature subjective n'est pas une règle d'interprétation obsolète qui va à l'encontre de l'interprétation législative moderne maintes fois avalisée par la Cour. Au contraire, elle fait partie du contexte qui, suivant l'approche moderne, doit être examiné. [par. 28]

[90] Je n'en disconviens pas, mais il faut considérer la présomption dans sa juste perspective. Dans leur traité, Morris Manning et Peter Sankoff affirment ce qui suit :

[TRADUCTION] Quoique son application soit généralement fondée, même [la présomption d'une *mens rea* subjective] peut être mal interprétée. La faute subjective est manifestement la norme privilégiée, mais elle ne vaut pas toujours pour chacun des éléments de l'infraction et elle prête particulièrement à controverse lorsqu'il s'agit de la prévisibilité de certaines conséquences. [Je souligne.]

(*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 153)

[91] La mise en garde des auteurs est justifiée. Il ressort des jugements de la Cour rendus dans la foulée de l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, que le droit criminel peut à juste titre « établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé » (p. 967). Ainsi, dans le cas d'une infraction comportant une infraction « sous-jacente », la loi n'exige la *mens rea* subjective que pour l'acte, mais admet la *mens rea* objective pour les *conséquences* de cet acte. Comme le dit avec justesse la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 54, « [l]es conséquences peuvent être importantes ».

[92] Mais, de façon plus générale, la *mens rea* requise à l'égard des conséquences d'un acte n'est pas objective que dans le cas d'une infraction comportant une infraction sous-jacente. Une interprétation aussi restrictive « [ne serait] [. . .] pas compatible avec la façon dont notre Cour a défini les normes de faute » (*Hinchey*, par. 81). En définitive, la « question de savoir quels crimes peuvent légitimement comporter des éléments de faute objectifs [. . .] dépendra souvent du libellé de

(para. 83). Bearing that observation in mind, this Court has concluded in certain cases other than those dealing with predicate offences that objective *mens rea* is the appropriate standard with respect to the consequences of particular acts. See, e.g., *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167 (causing a disturbance); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 (conspiracy to prevent or lessen competition unduly); *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122 (failing to provide the necessities of life).

[93] The same logic applies here. For reasons I will develop, the wording of s. 218, its legislative purpose and its context lead to the conclusion that objective *mens rea* is the standard against which the third element of the offence — the consequences of abandoning or exposing a child — is to be measured.

B. *Some Common Sense About Child Abandonment*

[94] As Professor Don Stuart has observed, “[m]ore ink has been spilt over the guilty mind concept than any other substantive criminal law topic” (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 167). The cases and commentary are muddled by a “bewildering variety of terminology” and “semantic acrobatics” (p. 167). Regrettably, the case at hand is no exception. Before turning to the task of statutory interpretation, then, I think it important to pause and reflect on the offence we are tasked with interpreting.

[95] As mentioned, s. 218 is child protection legislation. It seeks to protect children under the age of 10 who cannot fend for themselves and who, for that reason, are among society’s most vulnerable members. To be sure, abandoning or exposing a child under the age of 10 is a risky matter. No reasonable person would suggest otherwise. Given the inherent danger of abandoning or exposing a helpless child, Parliament has chosen to criminalize such conduct, but only to the extent that it places or is likely to place the child at risk of death or

l’article en cause ainsi que de son objet et du contexte législatif » (par. 83). Dans cette optique, la Cour a estimé, dans certains cas où il n’y avait pas d’infraction sous-jacente, que la *mens rea* liée aux conséquences de l’acte devait être établie objectivement. Voir, p. ex., *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167 (faire du tapage); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence); *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122 (omission de fournir les choses nécessaires à l’existence).

[93] Le même raisonnement vaut en l’espèce. Pour les motifs exposés ci-après, le libellé de l’art. 218, son objet et son contexte mènent à la conclusion que la *mens rea* doit être appréciée objectivement en ce qui concerne le troisième élément de l’infraction, à savoir les conséquences de l’abandon ou de l’exposition de l’enfant.

B. *Bon sens et abandon d’enfant*

[94] Comme le fait observer le professeur Don Stuart, [TRADUCTION] « [I]a question de l’état d’esprit coupable a fait couler beaucoup d’encre, plus que toute autre question en droit criminel positif » (*Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 167). Un « nombre ahurissant de variations terminologiques » et « d’acrobaties sémantiques » confondent les tribunaux et les auteurs (p. 167). Malheureusement, la présente affaire ne fait pas exception. Avant de passer à l’interprétation de la disposition, il importe selon moi de réfléchir un instant à l’infraction que crée la disposition à interpréter.

[95] Je le répète, l’art. 218 a pour objet de protéger les enfants, ceux de moins de 10 ans qui ne peuvent se débrouiller seuls et qui, pour cette raison, font partie des membres les plus vulnérables de la société. À n’en pas douter, il est risqué d’abandonner ou d’exposer un enfant de moins de 10 ans. Nulle personne sensée n’affirmerait le contraire. En raison du danger inhérent, le législateur a criminalisé l’abandon et l’exposition d’un enfant sans défense, mais seulement lorsqu’ils font courir ou sont susceptibles de faire courir à l’enfant

permanent injury. To put the matter somewhat differently, s. 218 reflects an effort by Parliament to require certain individuals to take care of a young child in certain situations that threaten its life or health. In the interests of protecting the child, the provision thus imposes a societal minimum standard of conduct.

[96] Once it is accepted that in enacting s. 218 Parliament intended to guard against dangerous conduct that any reasonable person would foresee is likely to endanger a child's life or expose it to permanent injury, I fail to see why Parliament would turn around and provide accused persons with a host of defences based on their individual characteristics. Doing so would effectively defeat the provision's purpose of imposing a societal minimum standard of conduct, since crimes of subjective fault require an assessment of personal characteristics to the extent that they tend to prove or disprove an element of the offence (*Creighton*, at p. 63). Age, temperament, mental development, experience, sophistication and education would all factor into the determination of whether a particular accused appreciated the risk of harm resulting from the inherently dangerous conduct of abandoning or exposing a helpless child. Of particular concern, such an approach would provide a defence to the errant parent or irresponsible caregiver who, by virtue of intoxication, could not or did not foresee the likely consequences of his or her dangerous conduct, whether it be locking a child in a car on a hot summer's day or exposing a child to the elements on a cold winter's night.

[97] I do not accept that Parliament, in enacting s. 218, contemplated such a self-defeating regime. Common sense suggests that Parliament would not treat the lives and safety of innocent children with such indifference.

[98] These observations are neither new nor novel. One need only look back to the last time this

un risque de décès ou de préjudice permanent. Autrement dit, l'art. 218 témoigne de la volonté du législateur de contraindre certaines personnes à prendre soin d'un jeune enfant dans certaines situations qui menacent sa vie ou sa santé. Afin de protéger les jeunes enfants, la disposition établit donc une norme de conduite minimale applicable à tous.

[96] Une fois qu'on reconnaît que, en adoptant l'art. 218, le législateur a voulu prévenir le comportement dangereux qui, aux yeux de toute personne raisonnable, est susceptible de mettre la vie d'un enfant en danger ou d'exposer l'enfant à un préjudice permanent, je ne vois pas pourquoi le législateur aurait voulu permettre en même temps à l'accusé d'invoquer une multitude de moyens de défense fondés sur ses caractéristiques personnelles. En effet, cela aurait été contradictoire avec l'objectif de la disposition qui consiste à établir une norme de conduite minimale applicable à tous, étant donné qu'une infraction pour laquelle la faute doit être prouvée subjectivement emporte la prise en compte des caractéristiques personnelles qui sont de nature à établir l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction (*Creighton*, p. 63). L'âge, le tempérament, le développement mental, l'expérience, le discernement et l'instruction entreraient tous en ligne de compte pour déterminer si l'accusé était conscient du risque de préjudice que comportait l'acte foncièrement dangereux qu'est l'abandon ou l'exposition d'un enfant sans défense. Il serait particulièrement inquiétant d'offrir ainsi un moyen de défense au parent fautif ou au gardien irresponsable qui, à cause de son intoxication, ne pouvait pas prévoir ou n'a pas prévu les conséquences possibles de sa conduite dangereuse, qu'il s'agisse de laisser un enfant dans une voiture verrouillée une chaude journée d'été ou de le livrer aux éléments une froide nuit d'hiver.

[97] Je ne saurais convenir que, en adoptant l'art. 218, le législateur a voulu établir un régime qui va ainsi à l'encontre du but recherché. Il serait contraire au bon sens que le législateur fasse preuve d'une telle indifférence à l'égard de la vie et de la sécurité d'enfants innocents.

[98] Ces observations n'ont rien de nouveau. On n'a qu'à se reporter à la dernière affaire où la Cour

Court addressed the fault requirements of a child protection measure in the *Criminal Code* to find support for an objective standard in this context. In *Naglik*, the Court interpreted the fault requirements for s. 215 — a sister provision to s. 218 that punishes a failure to provide the necessities of life. No member of the *Naglik* Court questioned the need for an objective standard. Indeed, every member of the Court recognized that anything other than an objective standard would undermine the provision's purpose. Even Lamer C.J., who would have allowed for some personal characteristics, was unequivocal that a subjective standard was untenable in this context:

Section 215 is aimed at establishing a uniform minimum level of care to be provided for those to whom it applies, and this can only be achieved if those under the duty are held to a societal, rather than a personal, standard of conduct. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 141.]

Justice McLachlin (as she then was), speaking for the majority on this issue, went further, holding that personal factors such as “youth, experience, [and] education” have no place in adjudicating fault for this kind of offence (p. 148). With respect, I believe the same holds true for s. 218.

C. *Section 218 Is a Duty-Based Offence*

[99] Turning then to the heart of the matter, in my view, s. 218 is a duty-based offence — no less so than its sister provision s. 215. Admittedly, the wording of s. 218 is not as explicit as the wording of s. 215 and more work is needed to uncover the true purpose of s. 218 and the individuals it targets. However, if s. 218 is duty-based, then the reasoning that led this Court in *Naglik* to conclude that penal negligence satisfies the fault element in

s'est prononcée sur la faute exigée aux fins d'une disposition du *Code criminel* sur la protection des enfants pour étayer la thèse de l'application d'une norme de preuve objective dans ce contexte. Dans *Naglik*, la Cour s'est penchée sur la nature de la faute exigée pour l'application de l'art. 215, une disposition apparentée à l'art. 218 qui réprime le défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence. Aucun des juges de la Cour alors saisis n'a mis en doute la nécessité d'une norme de preuve objective. Tous ont d'ailleurs reconnu que ne pas appliquer une norme objective irait à l'encontre de l'objet de la disposition. Même le juge en chef Lamer, qui aurait été enclin à tenir compte de certaines caractéristiques personnelles, a affirmé catégoriquement qu'une norme subjective était insoutenable dans le contexte :

L'article 215 a en effet pour but l'établissement d'un niveau minimal uniforme de soins à fournir pour les personnes auxquelles il s'applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l'obligation sont tenus de respecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle. [Je souligne; soulignement dans l'original omis; p. 141.]

S'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) est allée plus loin en concluant que les caractéristiques personnelles telles que la « jeunesse, [le] degré d'expérience [et le] degré d'instruction » ne jouent pas lorsqu'il s'agit de statuer sur l'existence de la faute qu'exige la perpétration de ce genre d'infraction (p. 148). Soit dit en tout respect, j'estime qu'il en va de même pour l'art. 218.

C. *L'article 218 crée une infraction fondée sur une obligation*

[99] Pour répondre à la question principale que pose le pourvoi, j'estime que l'art. 218 crée une infraction fondée sur une obligation, au même titre que sa disposition apparentée, l'art. 215. Certes, le libellé de l'art. 218 n'est pas aussi explicite que celui de l'art. 215, et il faut pousser l'analyse pour déterminer le véritable objet de l'art. 218 et les personnes auxquelles il s'applique. Or, si l'infraction prévue à l'art. 218 est fondée sur une obligation,

s. 215 applies with equal force to s. 218 as a matter of principle and precedent. It is really as simple as that.

[100] As indicated, I am satisfied that s. 218 targets three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury:

1. those who have a pre-existing and an ongoing legal duty to take charge of the child;
2. those who choose to come to the aid of the child in that situation; and
3. those who place the child in that situation.

I explain my thinking in what follows.

(1) The Language of Sections 214 and 218

[101] Turning to the first group mentioned above, while s. 218 of the *Code* does not itself refer to persons who have a legal duty to take charge of a child under the age of 10 years, s. 214, which provides a non-exhaustive definition of the terms “abandon” and “expose” as used in s. 218, incorporates such persons expressly. Paragraph (a) of the definition includes within the meaning of “abandon” or “expose” “a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so”.

[102] As a consequence of this language, s. 218 plainly takes in a large swath of people *who owe a legal duty* to take charge of a child under the age of 10 — including parents, foster parents and guardians, the people most likely to run afoul of the provision by virtue of being the central figures in a child’s life. Once that is accepted, as I think it must be, I fail to see how or why the provision should not be characterized as “duty-based”.

le raisonnement à l’issue duquel la Cour conclut, dans *Naglik*, que la négligence pénale correspond à l’élément de faute requis à l’art. 215 vaut tout autant pour l’art. 218 sur les plans logique et jurisprudentiel. C’est en fait aussi simple que cela.

[100] Comme je le dis précédemment, je suis convaincu que trois catégories de personnes sont visées à l’art. 218 dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent :

1. celle qui a l’obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin de l’enfant;
2. celle qui, dans cette situation, décide de venir en aide à l’enfant;
3. celle qui est à l’origine de la situation.

Voici quel est mon raisonnement.

(1) Le libellé des art. 214 et 218

[101] Considérons la première catégorie susmentionnée. Bien que l’art. 218 du *Code* ne fasse pas lui-même mention de la personne légalement tenue de prendre soin de l’enfant de moins de 10 ans, l’art. 214, qui définit de manière non exhaustive les termes « abandonner » et « exposer » employés à l’art. 218, le fait expressément. Suivant l’al. a) de la définition, « abandonner » ou « exposer » s’entend notamment de « l’omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d’un enfant ».

[102] Vu ce libellé, le champ d’application de l’art. 218 englobe à l’évidence une multitude de personnes *légalement tenues* de prendre soin d’un enfant de moins de 10 ans, y compris les parents, les parents d’accueil et les gardiens, soit les gens les plus susceptibles de commettre l’infraction en raison du rôle central qu’ils jouent dans la vie d’un enfant. Une fois ce fait reconnu comme je crois qu’il doit l’être, je ne vois pas de quelle manière ni pour quelles raisons on pourrait soutenir que l’infraction n’est pas « fondée sur une obligation ».

[103] The recognition that s. 218 sweeps within its ambit persons who are *already* duty-bound to protect a child leads to the central difficulty with holding that s. 218 is, in its entirety, a subjective *mens rea* offence. Put simply, if the great bulk of people to whom the provision applies have a pre-existing and ongoing legal duty to take charge of children who fall below the age of 10, it hardly seems reasonable, or right, that they should be judged against a subjective *mens rea* standard when the very same people who run afoul of the duty-based provision next door (s. 215) are judged on a penal negligence standard (see *Naglik*). Self-evidently, the result would be a double standard — an objective standard under s. 215 and a subjective standard under s. 218 — for provisions that serve similar, if not identical, purposes: protecting the same children, imposing a duty on the same people, guarding against the same consequences.

[104] One might be inclined to justify such a double standard on the basis of a key difference in s. 218, namely that it applies to people who have a pre-existing and ongoing legal duty to children under the age of 10 *and* to those who do *not* have such a duty, by virtue of para. (b) of the definition of “abandon” or “expose” in s. 214. That part of the definition includes persons “dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection”, which at first blush could be read as sweeping in a large number of people who have no pre-existing duty to the child.¹

[105] If one were inclined to argue that para. (b) makes a critical difference, one might reason that Parliament picked the better of only two options before it with respect to *mens rea*. Parliament could have identified an objective *mens rea* standard in s. 218 for those with a pre-existing and ongoing duty (to achieve harmony with s. 215) and a subjective *mens rea* standard for the others captured

[103] Reconnaître que des personnes *déjà* tenues de protéger l’enfant tombent sous le coup de l’art. 218 fait ressortir la principale faille de la conclusion selon laquelle chacun des éléments constitutifs de l’infraction requiert une *mens rea* subjective. En somme, si la plupart des personnes ciblées par l’art. 218 ont déjà l’obligation légale permanente de prendre soin d’un enfant de moins de 10 ans, il ne semble guère raisonnable ou juste d’apprécier leur intention (*mens rea*) au regard d’une norme de preuve subjective alors que, pour les besoins d’une disposition voisine créant une infraction fondée sur une obligation (l’art. 215), elles sont soumises à la norme de la négligence pénale (voir *Naglik*). Manifestement, deux normes s’appliqueraient dès lors, l’une objective sous le régime de l’art. 215, et l’autre subjective sous le régime de l’art. 218, deux dispositions dont l’objet est similaire, voire identique, à savoir protéger les mêmes enfants, assujettir les mêmes personnes à une obligation et prévenir les mêmes conséquences.

[104] On peut être tenté de justifier cette dualité de normes par un élément distinctif important de l’art. 218, c’est-à-dire son application à la personne qui a déjà l’obligation légale permanente de prendre soin d’un enfant de moins de 10 ans *et*, suivant l’al. b) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214, à la personne qui *n’est pas* assujettie à une telle obligation. Ce volet de la définition vise la personne qui « trait[e] un enfant d’une façon pouvant l’exposer à des dangers contre lesquels il n’est pas protégé », ce qui, à première vue, peut être interprété comme étant susceptible d’être le fait d’un grand nombre de personnes qui n’ont pas d’obligation préexistante vis-à-vis de l’enfant¹.

[105] On peut justifier la thèse d’une différence cruciale établie par l’al. b) en faisant valoir que le législateur a choisi la meilleure des deux seules solutions qui s’offraient quant à la *mens rea*. Il aurait pu, pour les besoins de l’art. 218, assujettir à une norme objective la personne ayant une obligation préexistante permanente (aux fins de l’harmonisation avec l’art. 215) et à une norme

¹ For convenience, I will refer in what follows simply to the “s. 214 definition”.

¹ Pour simplifier ci-après, je renvoie simplement à la « définition de l’art. 214 ».

by para. (b) (to restrict the scope of criminal liability). However, this result — a single crime that contemplates different mental standards for different persons engaging in the same culpable acts — is entirely foreign to our criminal law. Surely, Parliament did not intend this. The only remaining option, then, might be to allow persons with a pre-existing and ongoing duty to reap the benefit of the subjective higher standard, even if that created a double standard for them. Such a result, it might be argued, would ensure that those additional individuals caught by para. (b) of the s. 214 definition are not unjustly branded as criminals. That is the approach the majority adopts.

[106] Respectfully, I would prefer not to endorse such a stark double standard — and, fortunately, I need not do so. There is a third option. Section 218 can, and in my view should, be read purposefully and harmoniously, such that it applies only to persons who are cloaked with a duty, whether pre-existing and ongoing *or situational*, to protect a particular child under the age of 10 from death or permanent injury, *all of whom* are properly subject to an objective standard with respect to the consequences element of s. 218. Let me explain.

[107] Manifestly, the language of para. (b) of the s. 214 definition is broad. The plain language of the words “dealing with a child” can connote much; the question is how much. In my view, they are meant to capture those people who take active steps to alleviate a situation or who place a child in a situation that will, or is likely to, endanger the child’s life or cause it permanent injury — the second and third groups to which I referred above. Such persons are cloaked with a *situational* duty to take reasonable steps to preserve and protect the life and safety of the child during the course of their limited involvement with the child.

subjective la personne visée à l’al. b) (afin de restreindre la portée de la responsabilité criminelle). Or, le résultat — une même infraction criminelle assujettissant la preuve de l’élément moral à des normes différentes selon qu’une personne plutôt qu’une autre est l’auteur du même acte coupable — est tout à fait étranger à notre droit criminel. Le législateur n’a certainement pas voulu qu’il en soit ainsi. La seule autre solution serait peut-être alors de permettre que la personne assujettie à une obligation préexistante permanente bénéficie de l’application de la norme subjective, plus stricte, même s’il y avait alors dualité de normes. On peut soutenir que, de la sorte, la personne tombant sous le coup de l’al. b) de la définition de l’art. 214 ne serait pas considérée à tort comme un criminel. C’est là ce que préconisent les juges majoritaires.

[106] Soit dit en tout respect, je préfère ne pas faire mienne une différence de traitement aussi marquée. Heureusement, je n’ai pas à le faire, car il existe une troisième possibilité. L’article 218 peut — et doit selon moi — recevoir une interprétation téléologique et harmonieuse de manière à ne s’appliquer qu’aux personnes ayant une obligation, qu’elle soit préexistante et permanente *ou qu’elle découle de certaines situations*, de protéger un enfant de moins de 10 ans contre le risque de décès ou de préjudice permanent. *Toutes ces personnes* sont alors dûment soumises à une norme objective en ce qui concerne les conséquences prohibées à l’art. 218. Je m’explique.

[107] L’alinéa b) de la définition de l’art. 214 est manifestement rédigé de manière générale. Les mots « du fait de traiter un enfant » peuvent vouloir dire bien des choses, mais que faut-il y voir? À mon sens, ils sont censés englober les actes d’une personne qui agit concrètement pour remédier à une situation ou les actes d’une personne qui crée une situation où l’enfant court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent, ce qui correspond aux deuxième et troisième catégories de personnes susmentionnées. De telles personnes, *dans certaines situations*, ont l’obligation de prendre des mesures raisonnables pour protéger la vie de l’enfant et assurer sa sécurité au cours de leur intervention ponctuelle auprès de celui-ci.

[108] The facts of the present case provide a fitting example. The store manager became duty-bound to the child, A.J.H., when he removed him from the toilet. Having taken active steps to come to the child's aid, he was cloaked with a duty to take reasonable steps to protect the child from further harm. No such duty attached to the assistant store manager or the store patrons, however, as they did not choose to become directly involved with the child. Consequently, they did not “dea[l] with” the child within the meaning of s. 214.

[109] Situational duties of the kind I describe here are far from foreign to the *Code*. I gain comfort in the case at hand from ss. 216, 217 and 217.1 of the *Code*, each of which contemplate a duty imposed by law on an individual who undertakes to do something by virtue of positive actions. Section 217, for example, provides:

217. Every one who undertakes to do an act is under a legal duty to do it if an omission to do the act is or may be dangerous to life.

[110] Much like the language in para. (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose”, the language of “undertak[ing] to do an act” in s. 217 is capable of a sweeping definition. But that is not the path the criminal law has followed — and wisely so. As Abella J.A. (as she then was) observed in *R. v. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775 (C.A.):

There is no doubt that the definition embraces an interpretive continuum ranging from an assertion to a promise. But it seems to me that when we are deciding whether conduct is caught by the web of criminal liability, the threshold definition we apply must justify penal sanctions. . . . The word “undertaking” in s. 217 must be interpreted in this context. The threshold definition must be sufficiently high to justify such serious penal consequences. The mere expression of words indicating a willingness to do an act cannot trigger the legal duty. There must be something in the nature of a commitment, generally, though not necessarily, upon which reliance can reasonably be said to have been placed. [Emphasis added; pp. 779-80.]

[108] Les faits de l'espèce offrent un bon exemple. Le gérant du magasin a contracté une obligation envers l'enfant, A.J.H., lorsqu'il l'a retiré de la cuvette. Comme il a pris une mesure concrète pour venir en aide à l'enfant, il a contracté l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour lui éviter tout autre préjudice. Toutefois, ni la gérante adjointe, ni les clients du magasin n'ont contracté pareille obligation car ils ne sont pas intervenus directement auprès de l'enfant. Par conséquent, ils n'ont pas « trait[é] » l'enfant au sens de l'art. 214.

[109] Les obligations qui découlent de certaines situations et qui s'apparentent à celle dont je fais état dans les présents motifs sont loin d'être étrangères au *Code*. Les articles 216, 217 et 217.1 du *Code* me confortent en l'espèce dans cette opinion. Chacun renvoie à une obligation légale de la personne qui entreprend d'accomplir quelque chose en prenant une mesure concrète. Par exemple, l'art. 217 dispose :

217. Quiconque entreprend d'accomplir un acte est légalement tenu de l'accomplir si une omission de le faire met ou peut mettre la vie humaine en danger.

[110] Comme les termes employés à l'al. b) de la définition d'« abandonner » ou d'« exposer » de l'art. 214, l'expression « entreprend d'accomplir un acte » utilisée à l'art. 217 peut avoir une très grande portée. Le droit criminel ne l'a toutefois pas permis, et ce, à juste titre. Voici ce que fait remarquer la juge Abella (maintenant juge de notre Cour) dans *R. c. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775 (C.A.) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le spectre des interprétations possibles va de la [simple] affirmation à la promesse [formelle]. J'estime toutefois que, pour décider qu'une conduite engage la responsabilité criminelle, nous devons fixer un seuil à partir duquel l'infliction d'une sanction pénale est justifiée. [. . .] C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le mot « entreprend » employé à l'art. 217. La barre doit être suffisamment haute pour que des conséquences pénales aussi graves soient justifiées. La seule utilisation de termes dénotant le caractère volontaire d'un acte ne saurait faire naître l'obligation légale. En général, mais pas nécessairement, il doit y avoir une sorte d'engagement auquel une personne a pu raisonnablement se fier. [Je souligne; p. 779-780.]

[111] In my view, Justice Abella’s conclusion with respect to s. 217 points to the proper construction of para. (b) of the s. 214 definition as cloaking with a duty to act reasonably only those people who by active steps undertake to preserve and protect a child from death or permanent injury (the second group mentioned above). By the same token, it does not require a leap of logic to conclude that “dealing with” a child within the meaning of para. (b) of the s. 214 definition must similarly be restricted in scope to those who actually place the child in a situation in which it is put at risk of death or permanent injury (the third group).

[112] When one steps back to look at the broader picture, the understanding that one’s positive actions can give rise to a situational duty is a principle well known to the common law. As Professors Colvin and Anand have noted, historically there have been “three reasonably well-established categories of duty to act” (*Principles of Criminal Law* (3rd ed. 2007), at p. 141). The first is well known and concerns “general relationships of care and protection”, such as those captured by para. (a) of the s. 214 definition. The second concerns “specific undertakings to act” (see, e.g., *R. v. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450) and the third concerns duties arising from “causal responsibility for dangerous situations” (see, e.g., *R. v. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. v. Coyne* (1958), 124 C.C.C. 176 (N.B.S.C. (App. Div.)); *R. v. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978 (H.L.)). See also Ormerod, at pp. 70-75 (including “[p]arents and other relations”, “[v]oluntary undertakings”, and “[c]reating a dangerous situation” as categories). These three categories map precisely to the three groups of individuals who I conclude come within the ambit of s. 218. While it is, of course, true that our criminal law does not include common law offences, in my view, the wording of para. (b) of the s. 214 definition reflects a specific statutory instantiation of the second and third of these long-standing common law principles — much like ss. 216, 217 and 217.1 do — in this case with respect to young children.

[111] À mon avis, cette conclusion de la juge Abella sur l’application de l’art. 217 permet d’interpréter correctement l’al. b) de la définition de l’art. 214 de façon à n’imposer l’obligation d’agir raisonnablement qu’à la personne qui, par des mesures concrètes, entreprend de protéger un enfant contre la mort ou le préjudice permanent (la seconde catégorie susmentionnée). Qui plus est, point n’est besoin de faire entorse à la logique pour conclure que « traiter » un enfant au sens de l’al. b) de la définition de l’art. 214 ne peut également être le fait que de la personne qui met l’enfant dans une situation où il risque de mourir ou de subir un préjudice permanent (la troisième catégorie de personnes).

[112] Lorsque, avec le recul, on considère la vue d’ensemble, la notion selon laquelle les actes concrets d’une personne peuvent emporter une obligation dans certaines situations est bien connue en common law. Comme le font remarquer les professeurs Colvin et Anand, [TRADUCTION] « trois catégories d’obligations d’agir assez bien établies » existent de longue date (*Principles of Criminal Law* (3^e éd. 2007), p. 141). La première, que l’on connaît bien, est celle des obligations liées aux « rapports généraux en matière de soins et de protection » comme celles visées à l’al. a) de la définition de l’art. 214. La deuxième correspond aux obligations découlant d’« engagements précis d’agir » (voir, p. ex., *R. c. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. c. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450). La troisième est celle des obligations découlant du « fait d’être à l’origine de la situation dangereuse » (voir, p. ex., *R. c. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. c. Coyne* (1958), 124 C.C.C. 176 (C.S.N.-B. (Div. app.)); *R. c. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978 (H.L.)). Voir aussi Ormerod, p. 70-75, qui retient les trois catégories suivantes : [TRADUCTION] « liens parentaux et autres », « engagements pris de plein gré » et « création d’une situation dangereuse ». Ces trois catégories d’obligations correspondent précisément aux trois catégories de personnes qui, selon moi, tombent sous le coup de l’art. 218. Certes, les infractions de common law ne font pas partie du droit criminel canadien mais, à mon sens, le libellé de l’al. b) de la définition de l’art. 214 instancie — à l’instar des art. 216, 217 et 217.1 — les deuxième et troisième catégories reconnues depuis longtemps en common law, mais dans le cas des jeunes enfants.

[113] Interpreting the scope of s. 218 in this way, as I believe it was meant to be, goes a long way toward addressing concerns about the broad scope of potential liability under the provision. The spectre of criminal liability under the offence is not overly broad. Indeed, the interpretation I favour may be narrower than that endorsed in the majority position, which does not delineate the type of conduct that would amount to “dealing with” a child. All else being equal, I thus cannot accept that the scope of this offence is a valid ground to require subjective foresight of the consequences proscribed by s. 218.

(2) The Statutory Scheme

[114] I also note that s. 218 finds its place in Part VIII of the *Code* under the heading “Duties Tending to Preservation of Life”. It is one of two offences located under that heading — the other being s. 215. In my view, this provides some indication that Parliament intended that s. 218 be construed as a duty-based offence.

[115] In her text, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), Professor Ruth Sullivan, a leading authority on the construction of statutes, observes that “headings are a valid indicator of legislative meaning and may be taken into account in interpretation” (p. 394). See also *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 47. Of particular note, in discussing the relationship between provisions grouped under the same heading, she writes:

When provisions are grouped together under a heading it is presumed that they are related to one another in some particular way, that there is a shared subject or object or a common feature to the provisions. [Emphasis added; p. 396.]

[116] While I do not place undue weight on it, I think some significance can be attached to the fact that s. 218 is coupled with one other offence, s. 215, which is clearly duty-based. And as I have just noted, s. 218 is grouped with other provisions

[113] L’interprétation que je préconise répond en bonne partie aux craintes liées à l’étendue de la responsabilité criminelle susceptible d’être engagée sous le régime de l’art. 218. Le spectre de la responsabilité criminelle que l’infraction est susceptible d’emporter n’est pas trop large. En fait, l’interprétation que je privilégie est peut-être plus stricte que celle retenue par les juges majoritaires, qui ne délimite pas la conduite assimilable au « fait de traiter » un enfant. Toutes autres choses étant égales par ailleurs, il m’est donc impossible de convenir que la portée de l’infraction justifie l’application d’une norme de prévisibilité subjective des conséquences prohibées à l’art. 218.

(2) Le régime législatif

[114] Je relève par ailleurs que l’art. 218 se trouve à la partie VIII du *Code* sous la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie ». Il prévoit l’une des deux infractions figurant sous cette rubrique, l’autre étant celle créée à l’art. 215. J’estime que l’emplacement de l’art. 218 milite jusqu’à un certain point en faveur de l’intention du législateur d’y créer une infraction fondée sur une obligation.

[115] Dans son ouvrage intitulé *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), la professeure Ruth Sullivan, une sommité dans le domaine de l’interprétation des lois, fait remarquer que [TRADUCTION] « l’intitulé des rubriques peut être révélateur de l’intention du législateur et pris en compte aux fins d’interprétation » (p. 394). Voir aussi *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 47. Il convient de citer ce qu’elle dit au sujet des dispositions regroupées sous une même rubrique :

[TRADUCTION] Les dispositions réunies sous une même rubrique sont présumées être liées entre elles d’une façon particulière, porter sur un même sujet ou avoir le même objet, ou encore, partager une même caractéristique. [Je souligne; p. 396.]

[116] Sans accorder trop de poids à la proximité des art. 218 et 215, ce dernier créant clairement une infraction fondée sur une obligation, je lui reconnais une certaine importance. Rappelons que l’art. 218 est regroupé avec d’autres dispositions (les art. 216, 217

(ss. 216, 217 and 217.1) that speak to the creation of legal duties in particular circumstances. Manifestly, s. 218 is embedded in a number of provisions which have, as their common denominator, the concept of “duty”. That being so, it seems anomalous that Parliament would, for no apparent reason, insert a non-duty-based offence into a thicket of duty-related provisions. The scenario becomes even more remarkable when one appreciates that s. 218 is concerned with inherently dangerous conduct that is or is likely to put the lives and safety of helpless young children at risk — the very type of situation which, in my view, requires a societal minimum standard of conduct and calls out for a standard of fault based on objective foreseeability.

[117] The reason, in my view, why the word “duty” is not found in s. 218 is because s. 218 deals primarily with acts of commission, whereas s. 215 deals with acts of omission. We do not speak of parents failing “not to abandon” their children or failing “not to expose” them to the risk of death or permanent injury. The gravamen of s. 218 lies not in the failure of an accused to do that which he or she is legally obliged to do (although para. (a) of the s. 214 definition accounts for such a situation) but rather, the doing of something that is inherently dangerous — abandoning or exposing a helpless child to the risk of death or permanent injury.

(3) Scholarly Opinion

[118] Finally, I note that scholarly opinion on the offence of abandoning or exposing a child under s. 218 of the *Code* is sparse, but that which there is suggests the offence is duty-based.

[119] In his treatise, Professor Stuart indicates that the offence of child abandonment is a duty-based offence, although not one where the duty is stated within the offence. He places it in the category of “[o]ffences that extend to omissions but do not create a legal duty to act so a legal duty outside the offence must be found” (p. 96). According to

et 217.1) qui imposent des obligations légales dans certaines circonstances. De toute évidence, l’art. 218 fait partie de dispositions dont le dénominateur commun est la notion sous-jacente d’« obligation ». Il paraît donc inhabituel que, sans raison apparente, le législateur insère une infraction non fondée sur une obligation à la suite de dispositions qui se rapportent toutes à des obligations. L’idée paraît d’autant plus insolite que l’art. 218 vise la conduite intrinsèquement dangereuse qui met en danger la vie et la sécurité de jeunes enfants sans défense, ou les expose à un tel risque, le genre même de situation qui, à mon sens, exige l’établissement d’une norme de conduite minimale applicable à tous et appelle le recours à une norme de faute fondée sur la prévisibilité objective.

[117] L’absence du mot « obligation » à l’art. 218 s’explique selon moi par le fait que cette disposition vise principalement des actions, et l’art. 215, des omissions. Il n’est pas question de parents qui omettent de « ne pas abandonner » leurs enfants ou de « ne pas les exposer » au risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. L’élément essentiel de l’art. 218 réside non pas dans l’omission de l’accusé de faire ce qu’il est légalement tenu de faire (même si l’al. a) de la définition de l’art. 214 tient compte d’une telle situation), mais dans l’accomplissement d’un acte intrinsèquement dangereux, à savoir l’abandon ou l’exposition d’un enfant sans défense au risque qu’il meure ou qu’il subisse un préjudice permanent.

(3) La doctrine

[118] Enfin, je constate que la doctrine sur l’infraction d’abandon ou d’exposition d’enfant créée à l’art. 218 du *Code* est peu abondante, mais que celle qui existe penche en faveur d’une infraction fondée sur une obligation.

[119] Dans son traité, le professeur Stuart opine que l’infraction d’abandon d’enfant est fondée sur une obligation, bien que celle-ci ne soit pas énoncée dans le texte qui crée l’infraction. Elle fait partie selon lui des [TRADUCTION] « [i]nfractions dont la perpétration peut s’entendre d’une omission, mais qui ne créent pas d’obligation légale d’agir,

Professor Stuart, this category describes two types of offences, the first of which encompasses child abandonment:

The first is where the Code offences refer to a duty without defining it. Examples occur in the case of the offences of permitting an escape by failing to perform “a legal duty” (section 146(a)), committing a common nuisance by failing to discharge “a legal duty” (section 180), and abandoning a child by omitting to take charge of it when under “a legal duty to do so” (sections 214 and 218). [Emphasis added; p. 96.]

[120] As I have explained, narrowing the scope of the offence under s. 218 exclusively to those who have a pre-existing and ongoing duty cannot be supported by the plain text of the provision in light of para. (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose”. Nonetheless, I would take Professor Stuart as making the more modest point that s. 218 at least in part looks to those with such pre-existing and ongoing duties and, as such, is properly characterized as duty-based.

[121] Likewise, Professor Roach, at pp. 115-16 of his text, explains that although an omission will not generally constitute the *actus reus* of an offence, a failure to act will suffice where an individual has a “specific legal duty to act”. He then includes child abandonment in his list of duty-based offences:

There is a duty to use reasonable care when providing medical treatment or other lawful acts that may endanger the life of others. This duty was breached by a person who donated blood that he knew was infected with HIV. It is also an offence not to use reasonable care in handling explosives; to disobey a court order; to fail to assist a peace officer when requested; to abandon a child; not to obtain assistance in child-birth; to fail to stop when your vehicle is involved in an accident; to neglect animals; and to fail to take steps to protect holes in ice or open excavations. [Footnotes omitted; emphasis added; p. 116.]

de sorte que l’obligation légale en cause doit être trouvée ailleurs que dans la disposition qui crée l’infraction » (p. 96). Deux types d’infractions sont en cause, et le premier englobe l’abandon d’enfant :

[TRADUCTION] En premier lieu, il y a l’infraction prévue par le Code et qui se rapporte à une obligation non définie. Il s’agit par exemple de l’infraction de permettre une évasion en omettant d’accomplir « un devoir légal » (al. 146a)), de celle de commettre une nuisance publique en omettant d’accomplir « une obligation légale » (article 180) et de celle d’abandonner un enfant en omettant d’en prendre soin alors qu’on est « légalement ten[u] de le faire » (articles 214 et 218). [Je souligne; p. 96.]

[120] Comme je l’explique précédemment, limiter l’application de l’art. 218 aux seules personnes ayant une obligation préexistante permanente ne saurait s’appuyer sur le seul texte de la disposition, étant donné l’al. b) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214. Le professeur Stuart me semble néanmoins soutenir plus modérément que l’art. 218 vise ces personnes, du moins en partie, et qu’il crée donc effectivement une infraction fondée sur une obligation.

[121] Aussi, le professeur Roach explique que même si une omission ne peut généralement pas constituer l’*actus reus* d’une infraction, l’omission d’agir le peut lorsqu’une personne a une [TRADUCTION] « obligation légale donnée d’agir » (p. 115-116). Il assimile ensuite l’abandon d’enfant à une infraction fondée sur une obligation :

[TRADUCTION] Il y a obligation de faire preuve de diligence raisonnable dans l’administration d’un traitement médical ou dans l’accomplissement d’autres actes légaux susceptibles de mettre la vie d’autrui en danger. Manque à cette obligation la personne qui donne du sang en se sachant atteinte du VIH. Constitue également une infraction le défaut de diligence raisonnable dans la manipulation d’explosifs, la désobéissance à une ordonnance judiciaire, le refus de prêter main-forte à un agent de la paix malgré sa demande, l’abandon d’un enfant, la négligence à se procurer de l’aide lors de la naissance d’un enfant, l’omission d’arrêter son véhicule lors d’un accident auquel on est partie, l’omission de prendre soin d’animaux et l’omission de prendre des mesures pour protéger une ouverture dans la glace ou une excavation accessible. [Notes de bas de page omises; je souligne; p. 116.]

[122] Finally, Manning and Sankoff, at p. 826 of their treatise, take a glum view of s. 218, calling it “entirely superfluous” on the basis that “there does not appear to be a conceivable situation in which abandonment would not also constitute a failure to provide the necessities of life [under s. 215]”. Again, I note that this analysis neglects to take any account of para. (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose” and I do not comment on their thesis that s. 218 is superfluous. But setting those matters aside, in saying that s. 218 is entirely subsumed by s. 215 — which everyone agrees is a duty-based offence — these authors must be taken as accepting that s. 218 is likewise a duty-based offence.

(4) Conclusion on the Duty-Based Nature of Section 218

[123] To sum up, the plain language of s. 218 — supported by the place of situational duties in Canadian criminal law, the offence’s placement among other duty-based provisions in the *Code* and the scholarship on s. 218 — leads to the conclusion that the offence of child abandonment is duty-based. It is targeted at three distinct groups faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury: first, by virtue of para. (a) of the s. 214 definition, those with a pre-existing and ongoing duty to take charge of the child; second, by virtue of para. (b), those who “dea[l] with” the child by undertaking positive steps to come to its aid in that situation; and third, again by virtue of para. (b), those who “dea[l] with” the child by placing it in that situation.

[124] With this in mind, I turn again to the wording of s. 218, and particularly the language employed with respect to the consequences, the mental element of which forms the crux of this case:

[122] Enfin, à la p. 826 de leur traité, Manning et Sankoff jettent un regard sombre sur l’art. 218, qu’ils jugent [TRADUCTION] « totalement superflu » en ce qu’« il semble impossible de concevoir une situation où l’abandon ne constituerait pas également une omission de fournir les choses nécessaires à l’existence [suivant l’art. 215] ». Je rappelle que leur analyse ne prend pas du tout en compte l’al. b) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214, et je m’abstiens de me prononcer sur la thèse selon laquelle l’art. 218 serait superflu. Toutefois, ces considérations mises à part, comme ils estiment que l’art. 218 est entièrement subsumé sous l’art. 215, qui crée de l’avis de tous une infraction fondée sur une obligation, les auteurs reconnaissent forcément que l’infraction prévue à l’art. 218 est elle aussi fondée sur une obligation.

(4) Conclusion sur la nature de l’art. 218 : une infraction fondée sur une obligation

[123] En résumé, le texte même de l’art. 218, étayé par le rôle des obligations découlant de certaines situations en droit criminel canadien, la présence de cet article parmi d’autres dispositions du *Code* qui créent des infractions fondées sur une obligation et les articles de doctrine portant sur l’art. 218, mène à la conclusion que l’infraction d’abandon d’enfant est fondée sur une obligation. La disposition vise trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. Il s’agit premièrement, suivant l’al. a) de la définition de l’art. 214, de la personne qui a l’obligation préexistante permanente de prendre soin de l’enfant, deuxièmement, suivant l’al. b), de la personne qui, dans cette situation, « trait[e] » l’enfant en prenant une mesure concrète pour lui venir en aide et, troisièmement, toujours suivant l’al. b), de la personne qui « trait[e] » l’enfant en le plaçant dans cette situation.

[124] En gardant cela présent à l’esprit, je reviens au libellé de l’art. 218, en particulier aux termes employés relativement aux conséquences. C’est l’élément moral lié à ces conséquences qui fait l’objet du pourvoi :

218. Every one who unlawfully abandons or exposes a child who is under the age of ten years, so that its life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured . . .

[125] This language, which we are tasked with interpreting today, is strikingly similar to that which this Court explained in the context of s. 215, the sister provision to s. 218 concerning a failure to provide the necessities of life. As I have already mentioned, this Court held in *Naglik* that the *mens rea* for s. 215 is in relevant part satisfied on an objective basis. In an opinion unanimous on this issue, Lamer C.J., at p. 143, asked rhetorically, “What parts of the offence must be objectively foreseeable?” and then identified the subparagraph in s. 215 that I emphasize below:

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed . . .

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently . . .

[126] As is apparent, the relevant language in both provisions is strikingly similar. If s. 218 is duty-based, as I have attempted to show it is, then this should be the end of the matter — there is no basis in principle or precedent for departing from the rule announced in *Naglik*. This Court’s reasoning with respect to s. 215 applies with equal force to s. 218, and it does not stand to reason that the mental element for the risk element of child abandonment is anything other than objective. But if that is not enough, there is more.

218. Quiconque illicitement abandonne ou expose un enfant de moins de dix ans, de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l’être . . .

[125] Ce libellé qu’il nous incombe aujourd’hui d’interpréter présente une ressemblance frappante avec celui de l’art. 215, la disposition apparentée qui porte sur l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence et que la Cour a interprétée dans *Naglik*. Rappelons que, selon la Cour, la *mens rea* requise pour l’application de l’élément pertinent de l’art. 215 doit être établie de manière objective. Dans des motifs unanimes sur ce point, le juge en chef Lamer s’est demandé (p. 143), de manière théorique, « [q]uels éléments de l’infraction doivent être objectivement prévisibles? », et il a conclu qu’il s’agissait de ceux soulignés dans l’extrait suivant du deuxième sous-alinéa de l’art. 215 :

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si :

a) à l’égard d’une obligation imposée . . .

(ii) ou bien l’omission de remplir l’obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne . . .

[126] De toute évidence, les termes pertinents employés dans les deux dispositions sont d’une ressemblance frappante. Si, comme je tente de le démontrer, l’infraction créée par l’art. 218 est fondée sur une obligation, le débat est clos, car nul principe ou précédent ne justifie de rompre avec la règle énoncée dans *Naglik*. Le raisonnement de la Cour en ce qui concerne l’art. 215 vaut tout autant pour l’art. 218 et il est illogique que l’élément moral requis pour le risque créé par l’abandon d’un enfant ne doive pas être établi de manière objective. Mais ce n’est pas tout, d’autres considérations me confortent cependant dans mon opinion.

D. *The Legislative History Confirms an Objective Standard for the Proscribed Consequences*

[127] The legislative history of s. 218 is traceable to *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100. The forerunner to what is now s. 218 is found in s. 27 of that Act, accompanied by the following marginal note: “Exposing Children whereby Life endangered”. The provision, in its relevant part, reads as follows:

27. Whosoever shall unlawfully abandon or expose any child, being under the age of two years, whereby the life of such child shall be endangered, or the health of such child shall have been or shall be likely to be permanently injured, shall be guilty of a misdemeanor

[128] I have emphasized the word “whereby” which I take to mean “in consequence of” — hardly words one normally associates with subjective foresight. To be sure, this was no oversight. Words such as “knowingly”, “maliciously” and “with intent”, commonly understood as indicating a requirement of subjective *mens rea*, are used throughout the Act.

[129] In 1869, Canada’s Parliament enacted *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20. Section 26 of that Act tracked the wording of s. 27 of the English statute in all material respects:

26. Whosoever unlawfully abandons or exposes any child being under the age of two years, whereby the life of such child is endangered, or the health of such child has been, or is likely to be permanently injured, is guilty of a misdemeanor

[130] In 1893, Canada’s first *Criminal Code* came into force (*The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29). Under the heading “Duties Tending to the Preservation of Life”, Parliament created several duty-based offences. Embedded in them was s. 216, accompanied by the following marginal note: “Abandoning children under two years of age”. Section 216 provided as follows:

D. *L’historique législatif confirme l’application d’une norme objective à l’égard des conséquences prohibées*

[127] On peut faire remonter les origines de l’art. 218 à la loi intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, où le précurseur de l’actuel art. 218 se trouve à l’art. 27 et comporte en regard la note marginale suivante : [TRADUCTION] « Exposer un enfant de manière que sa vie soit mise en danger ». Voici l’extrait pertinent de la disposition :

[TRADUCTION]

27. Quiconque abandonne ou expose illégalement un enfant âgé de moins de deux ans, par lequel fait la vie de cet enfant est mise en danger, ou la santé de cet enfant est ou sera vraisemblablement compromise pour toujours, est coupable de délit

[128] Je souligne les mots [TRADUCTION] « par lequel fait » qui, à mon sens, signifient « de sorte que », les deux expressions n’étant généralement guère associées à la prévisibilité subjective. Ce n’est sûrement pas involontaire. La Loi est truffée de termes comme [TRADUCTION] « sciemment », « de façon malveillante » et « dans l’intention », qui traduisent habituellement l’exigence d’une *mens rea* subjective.

[129] En 1869, le Parlement du Canada a édicté l’*Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, ch. 20, dont l’art. 26 reprenait essentiellement le libellé de l’art. 27 de la loi anglaise :

26. Quiconque abandonne ou expose illégalement un enfant âgé de moins de deux ans, par lequel fait la vie de cet enfant est mise en danger, ou la santé de cet enfant a été ou sera vraisemblablement compromise pour toujours, est coupable de délit

[130] Le premier *Code criminel* du Canada est entré en vigueur en 1893 (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29). Le législateur a créé plusieurs infractions fondées sur une obligation sous la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie », dont l’art. 216 auquel était accolée la note marginale « Délaisser un enfant âgé de moins de deux ans ». En voici le texte :

216. Every one is guilty of an indictable offence and liable to three years' imprisonment who unlawfully abandons or exposes any child under the age of two years, whereby its life is endangered, or its health is permanently injured.

2. The words “abandon” and “expose” include a wilful omission to take charge of the child on the part of a person legally bound to do so, and any mode of dealing with it calculated to leave it exposed to risk without protection.

[131] As is self-evident, the first part of the provision essentially tracks the language of s. 26 of *An Act respecting Offences against the Person*. The second part is new and very much resembles what is now paras. (a) and (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose” — with one notable exception. The second half of s. 216(2) reads “any mode of dealing with [the child] calculated to leave it exposed to risk without protection”, whereas para. (b) of the s. 214 definition reads “dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection”. In short, the words “calculated to leave” were replaced by the words “likely to leave”. Though the change may appear highly meaningful to modern eyes, care must be taken not to confuse obsolete and current meanings of those words. As the majority observes, in the 18th and 19th centuries, “calculated to” and “likely to” were synonyms.² This change occurred with the adoption of a new *Code (Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 185)* and thus is perhaps best explained as an attempt to update language to reflect current usage. As Professor Sullivan notes, such a statutory revision can serve “to ensure the clarity, consistency and readability” of the revised act, as a result of which “outdated terminology may be modernized” (pp. 653-54). The wording of the provisions creating the offence of abandonment, now ss. 214 and 218, has not been amended since.

² This observation is borne out by the French version of the 1892 provision in which the words “calculated to leave” are “*de nature à . . . laisser*”.

216. Est coupable d'un acte criminel et passible de trois ans d'emprisonnement, quiconque abandonne ou délaisse illégalement un enfant âgé de moins de deux ans, par lequel fait la vie de cet enfant est mise en danger, ou sa santé est irrémédiablement compromise.

2. Les expressions « abandonner » et « délaisser » comprennent l'omission volontaire de prendre soin d'un enfant de la part d'une personne légalement tenue de le faire, et toute manière de le traiter de nature à le laisser exposé à quelque danger sans protection.

[131] À l'évidence, le premier paragraphe de la disposition reprend essentiellement le texte de l'art. 26 de l'*Acte concernant les offenses contre la Personne*. Le second est nouveau et s'apparente beaucoup aux actuels al. a) et b) de la définition d'« abandonner » ou d'« exposer » de l'art. 214, à une importante exception près. La seconde partie du par. 216(2) renvoie à « toute manière de [. . .] traiter [l'enfant] de nature à le laisser exposé à quelque danger sans protection », et l'actuel al. b) de la définition de l'art. 214, au « fait de traiter un enfant d'une façon pouvant l'exposer à des dangers contre lesquels il n'est pas protégé ». Bref, les mots « pouvant l'exposer » (« *likely to leave* [. . .] *exposed* ») ont remplacé l'expression « de nature à le laisser exposé » (« *calculated to leave* [. . .] *exposed* »). Le changement peut paraître très significatif à nos yeux actuels, surtout en anglais, mais il faut se garder de confondre le sens que ces expressions avaient alors et celui qu'elles ont aujourd'hui. Comme le font remarquer les juges majoritaires, « *calculated to* » et « *likely to* » étaient synonymes aux 18^e et 19^e siècles². La mutation a coïncidé avec l'adoption d'une nouvelle version du *Code (Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 185)*, et la volonté de moderniser la terminologie employée en constitue sans doute la meilleure explication. La professeure Sullivan fait d'ailleurs observer qu'une telle révision peut avoir pour objet [TRADUCTION] « d'assurer la clarté, l'uniformité et la lisibilité » de la loi en cause, de sorte que « des termes désuets soient remplacés » (p. 653-654). Le libellé des dispositions criminalisant l'abandon, soit les actuels art. 214 et 218, n'a pas été modifié depuis.

² Ce que confirme le texte français de la disposition de 1892 où « de nature à [. . .] laisser » correspond à « *calculated to leave* ».

[132] The plain language of the provision aside, early judicial interpretations of the child abandonment provision can be helpful in interpreting the modern-day s. 218. In the leading English authority of *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, a father failed to take custody of his nine-month-old child. The child was left on the road in front of the father's home by his estranged wife, who demanded that he take the child. The father was charged and convicted under s. 27 of *The Offences against the Person Act, 1861*, and the conviction was upheld on appeal.

[133] The *White* decision makes no mention of subjective *mens rea* as being required to make out the offence of abandonment. Indeed, it suggests the opposite, as evidenced by the following passage from Chief Justice Bovill's opinion, to which the remaining four justices subscribed:

Instead of protecting and providing for the child, as it was his duty to do, [the father] allowed it to remain lying, first at his door, and afterwards in the road, insufficiently clothed, and at a time of year when the result was likely to be the child's death. [Emphasis added; p. 313.]

In my view, the language used by Bovill C.J. is the language of objective foreseeability (death was the likely result) and not the language of subjective foreseeability (he *knew* that death was likely to result).

[134] I acknowledge that in a separate opinion written by Blackburn J., language is used from which one might conclude that he viewed the crime of abandonment as requiring subjective foresight:

... upon [the father] there is a strict legal duty to protect the child. And when the child is left in a position of danger of which he knows, and from which he has full power to remove it, and he neglects his duty of protection, and lets the child remain in danger, I think this is an exposure and abandonment by him. [p. 314]

I do not read that passage as indicating that subjective foresight is required to make out the offence

[132] Outre le texte même de la disposition, ses premières interprétations judiciaires peuvent contribuer à l'interprétation de l'actuel art. 218. L'arrêt de principe britannique *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, a été rendu dans une affaire où un père avait omis d'assumer la garde de son enfant de neuf mois que son épouse, dont il était séparé, avait laissé sur la route devant chez lui en lui enjoignant de s'en occuper. Le père a été accusé puis déclaré coupable sous le régime de l'art. 27 de la loi intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, et la déclaration de culpabilité a été confirmée en appel.

[133] L'arrêt *White* ne mentionne pas que la *mens rea* doit être subjective pour établir la perpétration de l'infraction d'abandon. Il donne plutôt à penser le contraire, comme en témoigne l'extrait suivant de l'opinion du juge en chef Bovill, à laquelle souscrivent les quatre autres juges :

[TRADUCTION] Au lieu de protéger l'enfant et de répondre à ses besoins comme il était tenu de le faire, [le père] l'a laissé par terre, d'abord à sa porte, puis sur la voie publique, insuffisamment vêtu, à un moment de l'année où la mort de l'enfant aurait pu en résulter. [Je souligne; p. 313.]

Les termes employés par le juge en chef Bovill militent selon moi en faveur de la prévisibilité objective (la mort aurait pu en résulter), et non de la prévision subjective (*savait* que la mort pourrait en résulter).

[134] Je reconnais que, dans une opinion distincte, le juge Blackburn s'exprime d'une manière qui laisse entendre que, aux fins de l'infraction d'abandon, il doit y avoir prévision subjective :

[TRADUCTION] ... la loi impose [au père] l'obligation stricte de protéger l'enfant. Lorsque celui-ci est laissé dans une situation dangereuse, alors que le père le sait et qu'il est pleinement en mesure d'écarter le danger, et qu'il manque à son obligation de protéger l'enfant et le laisse exposé au danger, je crois qu'il y a de sa part délaissement et abandon. [p. 314]

Je ne conclus pas de cet extrait qu'il doit y avoir prévision subjective pour qu'il y ait abandon. En fait,

of abandonment. Rather, on Justice Blackburn's assessment of the facts, the father clearly knew that the child's life was imperilled and yet did nothing about it. I would not, and do not, suggest that a person who in fact subjectively foresees a risk of death or permanent injury to the child cannot be convicted under s. 218. But that is different from holding that subjective foreseeability is an essential ingredient of the crime. Where an offence is satisfied — at a minimum — on an objective standard, subjective proof will obviously suffice to sustain a conviction. See *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 47; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 38.

[135] To conclude on this point, the fact that the provision contains no words that can be read as requiring subjective foresight of the proscribed consequences is significant. As mentioned, the words “calculated to leave” were removed in the 1953-54 *Criminal Code* and replaced by the words “likely to leave”. At the same time, the age of protected children was raised from two years to ten years and the word “whereby” was replaced with the synonymous words “so that”. If Parliament had wanted to make it clear that subjective foreseeability was the requisite fault element, it could have done so when revising the language of the provision by using the words “knowing that” instead of “so that” in s. 218 and by changing the words “calculated to leave” to “he knows is or is likely to leave” in para. (b) of the s. 214 definition. As Professor Sullivan notes, “[i]t is presumed that in so far as possible legislatures will adopt a simple, straightforward and concise way of expressing themselves” (p. 207). But instead of making what would have been a straightforward change, Parliament preserved the original meaning of the provision which, as I have attempted to show, was understood as requiring objective, not subjective, foreseeability of the prohibited consequences.

suivant l'appréciation des faits du juge Blackburn, le père savait clairement que la vie de l'enfant était en danger, mais n'a rien fait. Je n'irais pas jusqu'à dire — et je ne dis pas — qu'on ne peut déclarer coupable de l'infraction prévue à l'art. 218 la personne qui, de fait, prévoit subjectivement le risque que l'enfant meure ou subisse un préjudice permanent. Ce n'est toutefois pas la même chose que de tenir la prévision subjective pour un élément essentiel de l'infraction. Lorsque la perpétration de l'infraction est établie, suivant une norme objective à tout le moins, la preuve d'une *mens rea* subjective suffit à justifier une déclaration de culpabilité. Voir *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 47; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 38.

[135] Pour conclure sur ce point, il est révélateur que la disposition ne renferme pas de termes susceptibles d'indiquer que la prévisibilité des conséquences prohibées doit être appréciée subjectivement. Comme je le mentionne précédemment, l'expression « de nature à le laisser exposé » a été remplacée dans le *Code criminel* de 1953-1954 par les mots « pouvant l'exposer ». Par ailleurs, l'âge de l'enfant protégé est passé de deux à dix ans, et à l'expression « par lequel fait » a succédé l'expression équivalente « de manière que ». Si le législateur avait voulu préciser que l'élément de faute requis résidait dans la prévision subjective, il aurait pu le faire lors de la révision du texte de la disposition en substituant les mots « sachant que » à l'expression « de manière que » employée à l'art. 218, et en remplaçant « de nature à le laisser exposé » par « qu'il sait l'exposer ou susceptible de l'exposer » à l'al. b) de la définition de l'art. 214. Comme le signale la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [o]n présume que le législateur s'exprime le plus possible de façon simple, directe et concise » (p. 207). Or, au lieu de recourir à ce qui aurait constitué une modification assez simple, le législateur a conservé la portée initiale de la disposition dont on considérait, comme je tente de le démontrer, qu'elle exigeait la prévisibilité objective, et non la prévision subjective, des conséquences prohibées.

E. *The Social Stigma and Gravity of the Offence Support an Objective Standard for the Proscribed Consequences*

[136] I touch, finally, on two other factors that support the conclusion that the fault element for s. 218 is penal negligence: the social stigma attached to the crime of child abandonment and the gravity of the crime. As McLachlin J., for the majority, observed in *Creighton*, at p. 46, the *mens rea* of an offence should reflect the gravity of the crime. Both the social stigma associated with its commission and the penalty provided by Parliament afford a measure of that gravity.

[137] The social stigma associated with the offence of child abandonment cannot — and in my view should not — be treated differently than the social stigma associated with its sister provision s. 215 (failure to provide necessaries) where penal negligence was found to be the requisite fault element. Indeed, as I noted earlier, in their treatise, at p. 826, Manning and Sankoff write that the offence of child abandonment is “entirely superfluous” given its overlap with the offence of failing to provide the necessaries of life under s. 215 of the *Code*:

Given that the “necessaries of life” include shelter and protection from harm, there does not appear to be a conceivable situation in which abandonment would not also constitute a failure to provide the necessaries of life.

[138] Whether that statement is entirely accurate or not, it leads me to conclude that ss. 215 and 218 should be ranked equally on the social stigma scale. They certainly rank equally in terms of their gravity. Both offences are punishable by a maximum penalty of five years’ imprisonment (if the Crown proceeds by way of indictment) and 18 months’ imprisonment (if the Crown proceeds by way of summary conviction).

[139] Put differently, if Parliament had intended to build subjective foreseeability into s. 218,

E. *La stigmatisation sociale liée à l’infraction et la gravité de celle-ci militent en faveur de la prévisibilité objective des conséquences prohibées*

[136] J’aborde enfin deux autres considérations qui étayaient la conclusion que la négligence pénale constitue l’élément de faute requis pour l’application de l’art. 218 : la stigmatisation sociale résultant de l’infraction d’abandon d’enfant et la gravité du crime. Comme le fait observer la juge McLachlin au nom des juges majoritaires dans *Creighton*, p. 46, la *mens rea* d’une infraction doit en refléter la gravité. La stigmatisation sociale et la peine encourue donnent une idée de la gravité de l’infraction.

[137] La stigmatisation sociale qui est associée à l’abandon d’enfant ne peut être considérée — et, à mon avis, elle ne le doit pas — différemment de celle qui résulte de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence (l’infraction visée par la disposition apparentée qu’est l’art. 215) lorsque la négligence pénale est tenue pour l’élément de faute requis. En effet, comme je le mentionne précédemment, Manning et Sankoff affirment à la p. 826 de leur traité que l’infraction d’abandon d’enfant est [TRADUCTION] « totalement superflue » étant donné son chevauchement avec celle que constitue l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence et que prévoit l’art. 215 du *Code* :

[TRADUCTION] Puisque les « choses nécessaires à l’existence » englobent le toit et la protection contre les préjudices, il semble impossible de concevoir une situation où l’abandon ne constituerait pas également une omission de fournir les choses nécessaires à l’existence.

[138] Qu’ils aient entièrement raison ou non, ces auteurs m’incitent à conclure que les art. 215 et 218 doivent être considérés sur un pied d’égalité au regard de la stigmatisation sociale. Ils le sont certainement pour ce qui est de la gravité. Les deux infractions sont punissables d’un emprisonnement maximal de cinq ans (par voie de mise en accusation) et de 18 mois (par voie de procédure sommaire).

[139] Autrement dit, si le législateur avait voulu intégrer à l’art. 218 une norme de prévisibilité

the degree of moral blameworthiness would necessarily be higher than that required to sustain a conviction under s. 215, which requires only objective foreseeability. If that were the case, one could reasonably expect, in my view, that the higher level of moral culpability would be reflected by a more severe punishment. But this is not so.³ And that leads me to conclude that the two provisions encompass the same degree of blameworthiness and thus require the same degree of mental fault.

[140] Finally, without wishing to minimize the nature and severity of the punishments available under ss. 215 and 218, they are significantly removed from other crimes which this Court has held to be crimes involving objective foresight, including manslaughter and certain instances of dangerous driving causing death — both of which attract maximum punishments of life imprisonment.

F. *The Remaining Elements of the Offence*

[141] As explained earlier, there are three distinct elements to the offence of child abandonment: the act (abandonment or exposure), the circumstances (a child under 10), and the consequences (the risk of harm to the child). The focus of my analysis thus far has been the third element. I turn now to the first and second elements, taking each in turn.

(1) “Abandon” or “Expose” — And the “Wilful” Red Herring

[142] Although there are no words of subjective intent in s. 218, the word “wilful” is used in para. (a) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose” to modify the word “omission”. Much of the focus on the word, unfortunately, has served as a red herring, distracting from its actual function in the language of s. 218. Whatever meaning attaches to “wilful”,

³ *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, ss. 11 and 12, had the effect of harmonizing the available sentences under ss. 215 and 218.

subjective, le degré de culpabilité morale serait forcément plus élevé que celui requis pour justifier une déclaration de culpabilité sous le régime de l’art. 215, pour lequel la prévisibilité doit seulement être objective. Si telle était l’intention du législateur, on pourrait à bon droit s’attendre, selon moi, à ce qu’une peine plus sévère reflète la culpabilité morale accrue. Mais il n’en est rien³. J’en conclus que les deux infractions comportent le même degré de culpabilité morale et que leur perpétration exige donc le même degré de faute morale.

[140] Enfin, sans vouloir minimiser la nature et la sévérité des peines prévues aux art. 215 et 218, les infractions créées par ces articles sont loin d’être comparables à celles dont la Cour a statué qu’elles supposaient une prévisibilité objective, dont l’homicide involontaire coupable et certains cas de conduite dangereuse causant la mort, lesquels rendent passible d’une peine maximale d’emprisonnement à perpétuité.

F. *Les autres éléments de l’infraction*

[141] Rappelons que l’infraction d’abandon d’enfant comporte trois éléments distincts : l’acte (l’abandon ou l’exposition), les circonstances (un enfant de moins de 10 ans) et les conséquences (le risque qu’un préjudice soit infligé à l’enfant). Mon analyse s’est attachée jusqu’à présent au troisième élément, et je passe maintenant aux premier et deuxième éléments, que j’examine successivement.

(1) La définition d’« abandonner » ou d’« exposer » et la diversion causée par l’emploi du mot « volontaire »

[142] Bien que l’art. 218 ne renferme aucun terme qui soit de nature à rendre l’intention subjective, à l’al. a) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214, l’adjectif « volontaire » qualifie le mot « omission ». Hélas, l’intérêt porté à l’emploi de cet adjectif a en grande partie détourné l’attention de la fonction réelle ce mot

³ *La Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32, art. 11 et 12, a eu pour effet d’harmoniser les peines prévues aux art. 215 et 218.

it speaks to the interpretation to be given to the act in the first element of the offence (abandoning or exposing). It offers little, if any, assistance in interpreting the third element (risk to the child).

[143] As far back as 1898, in the case of *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, Lord Russell of Killowen C.J. considered the meaning of the word “wilfully” in s. 1 of the *Prevention of Cruelty to Children Act, 1894*, 57 & 58 Vict., c. 41, which among other things, made it an offence to “wilfully” assault, ill-treat, neglect, abandon or expose a child under the age of 16 “in a manner likely to cause such child unnecessary suffering, or injury to its health”. At pp. 290-91, the Chief Justice stated:

Whether the words in the statute, “wilfully neglects,” are taken together, or, as the learned judge did in directing the jury, are taken separately, the meaning is very clear. “Wilfully” means that the act is done deliberately and intentionally, not by accident or inadvertence, but so that the mind of the person who does the act goes with it. [Emphasis added.]

[144] Modern-day authorities have accepted that the word “wilful” may be used to indicate a voluntary or deliberate act, one that the mind “goes with”. See, e.g., *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), at pp. 715-17; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, at paras. 108-9, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; and Manning and Sankoff, at pp. 149-50.

[145] In my view, a fair reading of the provision establishes that the word “wilful” in s. 214 does not connote an intention to bring about the proscribed consequences identified in s. 218. Rather, it modifies “omission” in para. (a) of the definition of “abandon” or “expose” and connotes, as Lord Russell C.J. described it, an act “done deliberately and intentionally, not by accident or inadvertence”.

dans le texte de l’art. 218. Quel que soit le sens du mot « volontaire », il joue dans l’interprétation du premier élément de l’infraction (l’abandon ou l’exposition). Il a peu d’utilité, à supposer même qu’il en ait, pour interpréter le troisième élément (le risque pour l’enfant).

[143] Dès 1898, dans l’arrêt *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, le juge en chef lord Russell de Killowen s’est penché sur le sens du mot « *wilfully* » (en français, « volontairement ») employé à l’art. 1 de la *Prevention of Cruelty to Children Act, 1894*, 57 & 58 Vict., ch. 41, qui, entre autres, criminalisait le fait d’agresser, de maltraiter, de négliger, d’abandonner ou d’exposer [TRADUCTION] « volontairement » un enfant de moins de 16 ans « d’une manière pouvant lui causer des souffrances inutiles ou compromettre sa santé ». Le juge en chef a affirmé ce qui suit aux p. 290-291 :

[TRADUCTION] Qu’on les considère de pair ou, conformément aux directives du savant juge au jury, qu’on les considère séparément, les mots « négliger volontairement » employés dans la loi ont un sens très clair. L’adverbe « volontairement » veut que l’acte soit commis délibérément et intentionnellement, et non accidentellement ou par inadvertance, de sorte que l’acte « s’accompagne » de l’état d’esprit correspondant. [Je souligne.]

[144] Les tribunaux et les auteurs reconnaissent de nos jours que le mot « *wilful* » (en français, « volontaire ») peut être utilisé pour désigner un acte voulu ou délibéré, un acte qui [TRADUCTION] « s’accompagne » de l’état d’esprit correspondant. Voir, p. ex., *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 715-717; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, par. 108-109, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; Manning et Sankoff, p. 149-150.

[145] À mon avis, il appert de la juste interprétation de l’art. 214 que le mot « volontaire » qui y est employé ne renvoie pas à l’intention de faire survenir les conséquences prohibées à l’art. 218. Il qualifie plutôt l’« omission » visée à l’al. a) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer », de sorte que l’on réprime un acte [TRADUCTION] « commis délibérément et intentionnellement, et non accidentellement ou par inadvertance », pour reprendre les propos du juge en chef lord Russell.

[146] To put the matter in more contemporary terms, basic intent or voluntariness is all that is required to satisfy the minimum mental element for the act of abandonment or exposure. That conclusion sits independently from — and is entirely harmonious with — the separate conclusion that penal negligence is the proper mental standard for the third element in s. 218. It would be a mistake to confuse the two.

(2) The Age of the Child

[147] Lastly, I turn to the second element of the offence, the age of the child. This element was not an issue in this appeal, as it was self-evident and undisputed that A.D.H.’s newborn baby was under the age of 10. Nevertheless, mindful that the age of the child is a question of circumstances and not consequences of the offence, and absent any indicators that Parliament intended an objective standard for this element, I would be inclined to hold that this element should be established on the basis of subjective fault. However, as this matter is not before us, I need not say more about it.

G. *Some Thoughts on Intoxication as a Defence*

[148] Earlier in these reasons, I voiced my concern that an interpretation of s. 218 that requires subjective foresight of consequences would provide a defence to the errant parent or irresponsible caregiver who, by virtue of intoxication, could not or did not foresee the likely consequences of his or her dangerous conduct. While it is true that none of the parties raised this point in their arguments, I believe that the ramifications that flow from interpreting a statutory provision in one way or another are a necessary part of the overall contextual analysis with which we are engaged. That context cannot — and should not — be overlooked on the basis that a relevant issue does not arise on the facts of a particular case.

[149] The majority concludes that s. 218 is a “general intent” offence (para. 16). I would have thought, however, that this Court’s decision in

[146] Pour employer des termes plus contemporains, l’intention fondamentale ou le caractère volontaire suffisent pour établir l’élément moral minimal de l’infraction d’abandon ou d’exposition. Cette conclusion est indépendante de celle voulant que la norme de la négligence pénale s’applique au troisième élément constitutif de l’art. 218, et s’harmonise parfaitement avec elle. Ce serait une erreur que de confondre les deux.

(2) L’âge de l’enfant

[147] Enfin, je passe à la deuxième composante de l’infraction, l’âge de l’enfant, lequel ne fait pas l’objet du litige, étant manifeste et les parties reconnaissant que le nouveau-né d’A.D.H. avait moins de 10 ans. Néanmoins, dans la mesure où l’âge de l’enfant correspond aux circonstances de l’infraction, et non à ses conséquences, et vu l’absence d’indice que le législateur a voulu assujettir cette composante à une norme de preuve objective, j’aurais tendance à conclure qu’il faut établir la faute s’y rapportant de manière subjective. Toutefois, comme la Cour n’a pas à se prononcer sur ce point, je n’en dis pas davantage.

G. *Quelques réflexions sur l’intoxication comme moyen de défense*

[148] Comme je l’indique précédemment, je crains qu’une interprétation de l’art. 218 exigeant la prévision subjective des conséquences n’offre un moyen de défense au parent fautif ou au gardien irresponsable qui, à cause de son intoxication, ne pouvait prévoir ou n’a pas prévu les conséquences possibles de sa conduite dangereuse. Bien qu’aucune partie ne soulève ce point dans son argumentation, je crois que les répercussions de l’une ou l’autre des interprétations d’une disposition législative font nécessairement partie de l’analyse contextuelle globale à laquelle nous nous livrons. On ne peut — et on ne doit pas — en faire abstraction au motif que les faits d’une affaire ne s’y prêtent pas.

[149] Les juges majoritaires concluent que l’art. 218 prévoit une infraction d’« intention générale » (par. 16). J’aurais pourtant cru que

Hinchey has pointed us beyond the binary fiction of specific versus general intent offences.⁴ This case underscores the merit of that approach because the nub of the difficulty is that s. 218, whether under the majority's approach or mine, does not — indeed, it cannot — fit neatly into either the general or specific intent boxes. To attempt to do so is to do what courts have for too long done — broad-brush offences in a way that at once over-generalizes and over-simplifies.

[150] The majority's invocation of *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, and s. 33.1 of the *Code* is no answer to the concerns I raise. First, *Daviault* speaks only to the basic intent or voluntariness needed to commit an intentional act — what Cory J. described as “the minimal mental element required for a general intent offence” (p. 87 (emphasis added)). Our later decision in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, confirms that a so-called *Daviault* defence of “extreme intoxication” relates only to intoxication which “negates voluntariness and thus is a complete defence to criminal responsibility” (para. 43 (emphasis added)). *Daviault* thus says nothing about whether intoxication short of automatism could raise a reasonable doubt about an accused's subjective foresight of consequences, as the majority requires of s. 218.

l'arrêt *Hinchey* nous avait fait dépasser la logique binaire voulant que les infractions soient d'intention spécifique ou d'intention générale⁴. La présente affaire fait ressortir la justesse de l'approche de la Cour dans cet arrêt, car la difficulté tient essentiellement à ce que l'infraction créée à l'art. 218, que l'on adhère à la thèse des juges majoritaires ou à la mienne, ne s'insère pas — et ne peut en fait s'insérer — parfaitement dans la catégorie des infractions d'intention générale ni dans celle des infractions d'intention spécifique. Tenter de l'insérer dans l'une ou l'autre des catégories revient à faire ce que les tribunaux font depuis trop longtemps : qualifier l'infraction en péchant par excès de généralisation et de simplification.

[150] Le renvoi des juges majoritaires à l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, et à l'art. 33.1 du *Code* n'apaise pas mes craintes. D'abord, *Daviault* ne porte que sur l'intention fondamentale ou le caractère volontaire nécessaire pour que l'acte soit intentionnel, ce que le juge Cory qualifie d'« élément moral minimal requis par l'infraction d'intention générale » (p. 87 (je souligne)). L'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, rendu subséquemment, confirme que l'« intoxication extrême » reconnue comme moyen de défense dans *Daviault* s'entend seulement de celle qui « exclut tout caractère volontaire et qui, de ce fait, constitue un moyen de défense exonérant totalement de toute responsabilité criminelle » (par. 43 (je souligne)). Dans *Daviault*, la Cour ne se prononce donc pas sur la question de savoir si l'intoxication sans automatisme peut soulever un doute raisonnable quant à la prévision subjective des conséquences par l'accusé, le critère d'application de l'art. 218 selon les juges majoritaires.

4 More than three decades ago, dissenting in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, Dickson J. (as he then was) recognized that the specific-general intent dichotomy has bewildered the bench and bar ever since it was brought to our shores by this Court's decision in *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871. The difficulty, as Dickson J. put it, was that “there are not, and have never been, any legally adequate criteria for distinguishing the one group of crimes from the other” (p. 40). In comments that I believe align well with *Hinchey*, Dickson J. counseled moving beyond labels that are “neither meaningful nor intelligible” to an analysis of the actual “mental element[s] which must be established by the Crown” (pp. 42-43).

4 Il y a plus de trente ans, dans *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, reconnaissait que la dichotomie entre intention spécifique et intention générale confondait juges et avocats depuis son introduction au Canada dans l'arrêt *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871. Selon lui, la difficulté résidait dans le fait qu'« il n'existe pas, et [qu']il n'a jamais existé, de critère juridique approprié pour distinguer un type de crimes de l'autre » (p. 40). Dans des commentaires qui s'accordent bien avec *Hinchey*, il recommande de ne pas s'arrêter aux étiquettes, qui sont « à la fois dénuée[s] de sens et inintelligible[s] », et de s'attacher aux « élément[s] menta[ux] que le ministère public doit [effectivement] prouver » (p. 42-43).

[151] Second, s. 33.1 of the *Code*, if it is applicable to s. 218, provides a statutory override of a *Daviault* defence — but only to the extent that the accused “lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence”. Assuming for the sake of argument that s. 33.1 does apply to s. 218, it says nothing about intoxication as a defence in relation to the subjective foresight of consequences. As I have said, *Daviault* was only concerned with the basic intent or voluntariness required for an intentional act. Thus, whether s. 33.1 does or does not apply to s. 218 is, in my respectful view, irrelevant.

H. Conclusion

[152] Section 218 is child protection legislation. It targets three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury. A review of the provision’s language, its legislative evolution and history, the gravity of the crime and the social stigma associated with it confirm that the offence is duty-based and that penal negligence is the level of fault required to establish guilt as regards the proscribed consequences.

[153] Having so concluded, I hasten to point out that penal negligence involves a very real level of fault. This is emphatically not a matter of punishing the “morally blameless”. And while it may not reach the level of subjective fault in respect of each and every element of a particular crime, it does not punish people for acts of simple negligence. As Charron J. observed in *Beatty*, at para. 34:

If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy.

For that reason, an objective test “requires proof of a *marked departure* from the standard of care

[151] Deuxièmement, si l’art. 33.1 du *Code* s’applique à l’art. 218, il a pour effet d’écarter le moyen de défense reconnu dans *Daviault*, mais seulement dans la mesure où l’accusé « n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l’infraction ». À supposer, aux fins du débat, que l’art. 33.1 s’applique bel et bien à l’art. 218, il ne nous apprend rien sur l’interaction entre l’intoxication comme moyen de défense et la prévision subjective des conséquences. Je le rappelle, *Daviault* n’intéresse que l’intention fondamentale ou le caractère volontaire requis pour commettre un acte intentionnel. J’estime donc, en toute déférence, qu’il importe peu de savoir si l’art. 33.1 s’applique ou non à l’art. 218.

H. Conclusion

[152] L’article 218 a pour objet la protection des enfants. Il vise trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. Il appert de l’examen du libellé de la disposition, de son évolution, de son historique, de la gravité du crime et de la stigmatisation sociale qui y est associée que l’infraction repose sur une obligation et que la négligence pénale correspond au degré de faute requis pour établir la culpabilité à l’égard des conséquences prohibées.

[153] Au vu de cette conclusion, je m’empresse d’ajouter que la négligence pénale suppose une faute bien réelle et qu’il ne s’agit pas du tout de punir la personne « moralement innocente ». Même si cette norme peut être moins stricte que celle de la faute subjective quant à chacun des éléments du crime, elle n’a pas pour effet de punir une personne qui commet une simple négligence. Comme l’affirme la juge Charron dans *Beatty*, par. 34 :

S’il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu’en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables.

C’est pourquoi le critère objectif « exige la preuve d’un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence

that a reasonable person would observe in all the circumstances”: *ibid.*, at para. 36 (emphasis in original).

[154] Nor does an objective standard punish those who act under an honest but mistaken belief that their conduct is not dangerous in the circumstances — so long as the belief is reasonably held. Justice Charron put the matter succinctly in *Beatty*, at paras. 37-38:

However, because the accused’s mental state is relevant in a criminal setting, the objective test must be modified to give the accused the benefit of any reasonable doubt about whether the reasonable person would have appreciated the risk or could and would have done something to avoid creating the danger. . . .

. . . In the same vein, a reasonably held mistake of fact may provide a complete defence if, based on the accused’s reasonable perception of the facts, the conduct measured up to the requisite standard of care.

[155] What the test does not do is take into account the personal attributes of the accused, short of incapacity to appreciate the risk. Nor will it allow people who are drunk or high on drugs to escape liability on the basis that they were not capable of foreseeing, or did not foresee, the likely consequences of their actions. That, with respect, is how it should be. And the circumstances of this case serve to exemplify how the penal negligence standard works to spare the morally blameless from criminal liability.

III. Application to the Facts

[156] The trial judge found that the respondent, A.D.H., honestly believed that her child was dead at birth. In so concluding, he accepted that the birth was precipitous and the baby was born premature. He also accepted that A.D.H. was confused and frightened at the time and that the baby, after birth, was blue and motionless. The trial judge found objective support for A.D.H.’s belief in the evidence

que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances » : *ibid.*, par. 36 (en italique dans l’original).

[154] Une norme objective n’a pas non plus pour effet de punir la personne qui agit en croyant de bonne foi, mais à tort, que sa conduite n’est pas dangereuse dans les circonstances, à condition que sa croyance soit raisonnable. Toujours dans *Beatty*, la juge Charron fait la synthèse suivante aux par. 37-38 :

Toutefois, comme l’état mental de l’accusé est pertinent dans une affaire criminelle, il faut modifier le critère objectif pour accorder à l’accusé le bénéfice de tout doute raisonnable relatif à la question de savoir si une personne raisonnable aurait apprécié le risque ou encore aurait pu faire quelque chose pour éviter de créer le danger et l’aurait fait. . . .

. . . Dans le même ordre d’idées, une erreur de fait raisonnable peut constituer un moyen de défense suffisant si, compte tenu de la perception raisonnable des faits par l’accusé, son comportement était conforme à la norme de diligence requise.

[155] Ce que le critère écarte c’est la prise en compte des caractéristiques personnelles de l’accusé, hormis son incapacité à prendre conscience du risque. Son application ne permet pas non plus à une personne en état d’ivresse ou d’intoxication d’échapper à toute responsabilité au motif qu’elle n’était pas en mesure de prévoir, ou qu’elle n’a pas prévu, les conséquences probables de ses actes. En toute déférence, il devrait en être ainsi. L’application de la norme de la négligence pénale aux faits de l’espèce montre comment elle peut soustraire la personne moralement innocente à la responsabilité criminelle.

III. Application aux faits

[156] Le juge du procès a conclu que l’intimée, A.D.H., croyait sincèrement son enfant mort-né. Pour ce faire, il a admis le caractère précipité et prématuré de la naissance. Il a également tenu pour avérées la stupéfaction et la frayeur d’A.D.H. au moment des faits, ainsi que la couleur bleue du nouveau-né et son immobilité. À son avis, le témoignage du D^r Simpson et ceux d’autres

of Dr. Simpson and that of various bystanders who likewise believed the child was dead (2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173).

[157] Based on the trial judge's findings of fact, Ottenbreit J.A. concluded that A.D.H. was entitled to be acquitted. In his view, her belief that the child was dead at birth "was not only honestly held but reasonable in the context of the situation" (2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, at para. 38). I agree.

[158] In all the circumstances, A.D.H.'s conduct in abandoning her child and leaving him exposed to the risk of death or permanent injury was not morally blameworthy. As such, she was entitled to be acquitted.

[159] Accordingly, I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

214. In this Part,

"abandon" or "expose" includes

(a) a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so, and

(b) dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection;

. . .

215. (1) [Duty of persons to provide necessities] Every one is under a legal duty

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessities of life for a child under the age of sixteen years;

(b) to provide necessities of life to their spouse or common-law partner; and

personnes qui avaient elles aussi cru l'enfant mort étaient objectivement la croyance d'A.D.H. (2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173).

[157] À partir des conclusions de fait du juge du procès, le juge Ottenbreit, de la Cour d'appel, a conclu qu'A.D.H. devait être acquittée. Selon lui, elle croyait [TRADUCTION] « non seulement de bonne foi, mais aussi de manière raisonnable dans les circonstances » (2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, par. 38), avoir donné naissance à un enfant mort-né. Je suis du même avis.

[158] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le fait qu'A.D.H. a abandonné son enfant et l'a exposé au risque de mourir ou de subir un préjudice permanent n'était pas moralement blâmable. Elle avait donc droit à l'acquiescement.

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

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

214. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« abandonner » ou « exposer » S'entend notamment :

a) de l'omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d'un enfant;

b) du fait de traiter un enfant d'une façon pouvant l'exposer à des dangers contre lesquels il n'est pas protégé.

. . .

215. (1) [Devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence] Toute personne est légalement tenue :

a) en qualité de père ou de mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

b) de fournir les choses nécessaires à l'existence de son époux ou conjoint de fait;

- (c) to provide necessaries of life to a person under his charge if that person
- (i) is unable, by reason of detention, age, illness, mental disorder or other cause, to withdraw himself from that charge, and
- (ii) is unable to provide himself with necessaries of life.
- (2) [Offence] Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if
- (a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),
- (i) the person to whom the duty is owed is in destitute or necessitous circumstances, or
- (ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or
- (b) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(c), the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed or causes or is likely to cause the health of that person to be injured permanently.
- (3) [Punishment] Every one who commits an offence under subsection (2)
- (a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.
- (4) [Presumptions] For the purpose of proceedings under this section,
- (a) [Repealed, 2000, c. 12, s. 93]
- (b) evidence that a person has in any way recognized a child as being his child is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the child is his child;
- c) de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à sa charge, si cette personne est incapable, à la fois :
- (i) par suite de détention, d'âge, de maladie, de troubles mentaux, ou pour une autre cause, de se soustraire à cette charge,
- (ii) de pourvoir aux choses nécessaires à sa propre existence.
- (2) [Infraction] Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si :
- a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b) :
- (i) ou bien la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin,
- (ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;
- b) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)c), l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou cause, ou est de nature à causer, un tort permanent à la santé de cette personne.
- (3) [Peine] Quiconque commet une infraction visée au paragraphe (2) est coupable :
- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.
- (4) [Présomptions] Aux fins des poursuites engagées en vertu du présent article :
- a) [Abrogé, 2000, ch. 12, art. 93]
- b) la preuve qu'une personne a de quelque façon reconnu un enfant comme son enfant, constitue, en l'absence de toute preuve contraire, une preuve que cet enfant est le sien;

(c) evidence that a person has failed for a period of one month to make provision for the maintenance of any child of theirs under the age of sixteen years is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the person has failed without lawful excuse to provide necessaries of life for the child; and

(d) the fact that a spouse or common-law partner or child is receiving or has received necessaries of life from another person who is not under a legal duty to provide them is not a defence.

. . .

218. [Abandoning child] Every one who unlawfully abandons or exposes a child who is under the age of ten years, so that its life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured,

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the respondent: Saskatchewan Legal Aid Commission, Prince Albert.

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

c) la preuve qu'une personne a omis, pendant une période d'un mois, de pourvoir à l'entretien d'un de ses enfants âgé de moins de seize ans constitue, en l'absence de toute preuve contraire, une preuve qu'elle a omis, sans excuse légitime, de lui fournir les choses nécessaires à l'existence;

d) le fait qu'un époux ou conjoint de fait ou un enfant reçoit ou a reçu les choses nécessaires à l'existence, d'une autre personne qui n'est pas légalement tenue de les fournir, ne constitue pas une défense.

. . .

218. [Abandon d'un enfant] Quiconque illicitement abandonne ou expose un enfant de moins de dix ans, de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l'être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l'être est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intimée : Saskatchewan Legal Aid Commission, Prince Albert.

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

**Daishowa-Marubeni International
Ltd.** *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Her Majesty The Queen in Right of Alberta,
Tolko Industries Ltd., International
Forest Products Ltd.,
West Fraser Timber Co. Ltd., Canfor
Corporation and Canadian Association
of Petroleum Producers** *Interveners*

**INDEXED AS: DAISHOWA-MARUBENI
INTERNATIONAL LTD. v. CANADA**

2013 SCC 29

File No.: 34534.

2013: February 20; 2013: May 23.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

*Taxation — Income tax — Proceeds of disposition
— Sale of forest tenures — Reforestation obligations
imposed on forest tenures — Value of reforestation
obligations not included in vendor's proceeds of dis-
position for tax purposes — Whether reforestation
obligations should be included in vendor's proceeds of
disposition for tax purposes — Whether reforestation
obligations are distinct debts — Whether reforestation
obligations are contingent liabilities — Whether con-
tracting parties agreeing to specific value for future
reforestation obligations relevant for tax purposes —
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 13(21).*

In 1999 and 2000, DMI sold two forest tenures in
Alberta. Alberta's regulatory regime imposed upon the
licences an obligation to reforest the areas harvested, a

**Daishowa-Marubeni International
Ltd.** *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta,
Tolko Industries Ltd., International
Forest Products Ltd.,
West Fraser Timber Co. Ltd., Canfor
Corporation et Association canadienne
des producteurs pétroliers** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : DAISHOWA-MARUBENI
INTERNATIONAL LTD. c. CANADA**

2013 CSC 29

N° du greffe : 34534.

2013 : 20 février; 2013 : 23 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Produit de
disposition — Vente de tenures forestières — Tenures
forestières assorties d'obligations de reboisement —
Valeur des obligations relatives au reboisement non
incluse dans le produit de disposition du vendeur aux
fins de l'impôt — Les obligations relatives au reboisement
doivent-elles être incluses dans le produit de disposition
du vendeur aux fins de l'impôt? — Les obligations rela-
tives au reboisement constituent-elles des dettes dis-
tinctes? — Les obligations relatives au reboisement
constituent-elles des obligations éventuelles? — La
valeur précise attribuée par les parties contractantes
aux obligations futures relatives au reboisement est-elle
pertinente aux fins de l'impôt? — Loi de l'impôt sur le
revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 13(21).*

In 1999 et 2000, DMI a vendu deux tenures
forestières en Alberta. Le régime de réglementation de
l'Alberta incorporait aux permis de coupe de bois une

process which generally takes eight to fourteen years. Both sale agreements provided that the purchasers assumed the obligation to reforest.

In the years in which DMI harvested timber in accordance with the forest tenures, it did not claim a tax deduction for the estimated future reforestation obligations that arose as a result of the harvesting. In the years in which the sales took place, DMI did not include in its income any amount to reflect the purchasers' assumption of the reforestation obligations.

The Minister of National Revenue reassessed DMI with respect to the 1999 and 2000 taxation years to include amounts equal to the estimated cost of the reforestation obligations in the "proceeds of disposition" under s. 13(21) of the *Income Tax Act*. The Tax Court of Canada allowed DMI's appeal of the Minister's reassessment in part, holding that, upon sale of a forest tenure, the purchaser's assumption of reforestation obligations is properly included in the vendor's proceeds of disposition under s. 13(21), but that only a percentage of the estimated cost should have been included. A majority of the Court of Appeal held that DMI was required to include the entire estimated cost of the reforestation obligations associated with each tenure in its proceeds of disposition.

Held: The appeal should be allowed and the matter should be remitted to the Minister for reassessment.

DMI was not required to include the estimated cost of reforestation in its "proceeds of disposition" for income tax purposes. As a matter of principle, the assumption of a vendor's liability by a purchaser may constitute part of the sale price and, therefore, part of the proceeds of disposition. However, the reforestation obligation associated with a forest tenure is not a distinct existing liability that must be included in the proceeds disposition. The reforestation obligation is embedded in the forest tenure by virtue of Alberta's regulatory scheme, which prevents a vendor from selling forest tenures without also assigning the reforestation obligations. As such, they are simply a future cost tied to the tenure that depresses the value of the tenure. This is so irrespective of whether the contracting parties agreed to an estimated future cost for the reforestation or the vendor estimated the cost of future reforestation obligations to compute its income for accounting purposes.

obligation de reboiser les superficies récoltées, un processus qui prend généralement de huit à quatorze ans. Les deux contrats de vente prévoyaient que les acheteurs prenaient en charge l'obligation relative au reboisement.

Au cours des années durant lesquelles DMI a récolté du bois aux termes des tenures forestières, elle n'a réclamé aucune déduction fiscale au titre des obligations futures estimatives relatives au reboisement qui ont pris naissance du fait des récoltes. Dans les années où les ventes ont eu lieu, DMI n'a pas inclus dans son revenu une somme qui tient compte de la prise en charge, par les acheteurs, de ses obligations relatives au reboisement.

Le ministre du Revenu national a établi à l'égard de DMI de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1999 et 2000 afin d'inclure dans le « produit de disposition », aux termes du par. 13(21) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une somme égale au coût estimatif des obligations relatives au reboisement. La Cour canadienne de l'impôt a accueilli en partie l'appel interjeté par DMI à l'encontre de la nouvelle cotisation du ministre et a statué que, lors de la vente d'une tenure forestière, il y a lieu d'inclure dans le produit de disposition du vendeur, en application du par. 13(21), la valeur des obligations relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur, mais qu'un pourcentage seulement du coût estimatif aurait dû être inclus. La cour d'appel, à la majorité, a statué que DMI était tenue d'inclure dans son produit de disposition la totalité du coût estimatif des obligations relatives au reboisement liées à chaque tenure.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au ministre pour l'établissement de nouvelles cotisations.

DMI n'était pas tenue d'inclure dans son « produit de disposition », pour les fins de l'impôt, une estimation du coût des obligations relatives au reboisement. En principe, la valeur d'une obligation du vendeur prise en charge par l'acheteur peut constituer une partie du prix de vente et, donc, du produit de disposition. Cependant, les obligations relatives au reboisement liées à une tenure forestière ne constituent pas une obligation existante distincte qui doit être incluse dans le produit de disposition. Les obligations relatives au reboisement sont inhérentes à la tenure forestière en vertu du régime de réglementation de l'Alberta, qui empêche une personne de vendre une tenure forestière sans transférer également les obligations relatives au reboisement. Ces obligations constituent simplement un coût futur lié à la tenure et qui en diminue la valeur. Il en est ainsi peu importe que les parties contractantes soient convenues d'un coût futur estimatif de ces obligations ou que le vendeur ait estimé le coût du reboisement futur pour calculer son revenu à des fins comptables.

DMI's argument that the reforestation obligations should not be included in its proceeds of disposition because they are a "contingent liability" is misplaced because it implicitly assumes that the reforestation obligations are a distinct existing liability of the vendor. As an embedded future cost, the reforestation obligations are properly excluded from proceeds of disposition regardless of whether they are contingent or absolute.

The conclusion that a purchaser's assumption of the reforestation obligations is not part of the proceeds of disposition avoids the asymmetry inherent in the Minister's approach, which would tax the vendor at the time of the sale as if the reforestation obligations assumed by the purchaser were part of the sale price, but tax the purchaser as if they were not.

Cases Cited

Referred to: *Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Minister of National Revenue*, 2009 FCA 49, 386 N.R. 354; *Loyens v. The Queen*, 2003 TCC 214, 2003 D.T.C. 355; *Lord Elgin Hotel Ltd. v. Minister of National Revenue* (1964), 64 D.T.C. 637; *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79; *Winter v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235; *Mandel v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 318, aff'g [1979] 1 F.C. 560; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Forests Act, R.S.A. 1980, c. F-16, ss. 16, 17, 28(2).
Forests Act, R.S.A. 2000, c. F-22.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 13(1), (21) "proceeds of disposition", "timber resource property", "undepreciated capital cost" (variable G), 39(1)(a)(iv).
Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, Sch. II, Class 33.
Timber Management Regulations, Alta. Reg. 60/73, s. 154.

Authors Cited

Canada. Canada Customs and Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-481 (Consolidated), "Timber Resource Property and Timber Limits", January 13, 2004.
 Colborne, Michael, and Steve Suarez. "Timber! Consequences of Assuming Reforestation Obligations" (2012), 60 *Can. Tax J.* 137.

L'argument de DMI selon lequel la valeur des obligations relatives au reboisement ne devrait pas être incluse dans son produit de disposition parce qu'il s'agit d'une « obligation éventuelle » est hors de propos car il suppose implicitement que les obligations de reboisement constituent pour le vendeur une obligation existante distincte. S'agissant d'un coût futur inhérent aux tenures forestières, les obligations relatives au reboisement sont à juste titre exclues du produit de disposition, peu importe qu'elles soient éventuelles ou absolues.

La conclusion suivant laquelle la valeur des obligations relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur ne fait pas partie du produit de disposition permet d'éviter l'asymétrie inhérente à la thèse soutenue par le ministre. Selon cette thèse, au moment de la vente, le vendeur serait imposé comme si les obligations relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur faisaient partie du prix de vente, alors que l'acheteur serait imposé comme si ces obligations n'en faisaient pas partie.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Telus Communications (Edmonton) Inc. c. Canada*, 2009 CAF 49 (CanLII); *Loyens c. La Reine*, 2003 CCI 214 (CanLII); *Lord Elgin Hotel Ltd. c. Minister of National Revenue* (1964), 64 D.T.C. 637; *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79; *Winter c. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235; *Mandel c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 318, conf. [1979] 1 C.F. 560; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Forests Act, R.S.A. 1980, ch. F-16, art. 16, 17, 28(2).
Forests Act, R.S.A. 2000, ch. F-22.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 13(1), (21) « avoir forestier », « fraction non amortie du coût en capital » (variable G), « produit de disposition », 39(1)(a)(iv).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, ann. II, catégorie 33.
Timber Management Regulations, Alta. Reg. 60/73, art. 154.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Agence des douanes et du revenu du Canada. Bulletin d'interprétation IT-481 (Consolidé), « Avoirs forestiers et concessions forestières », 13 janvier 2004.
 Colborne, Michael, and Steve Suarez. « Timber! Consequences of Assuming Reforestation Obligations » (2012), 60 *Rev. fisc. can.* 137.

Frankovic, Joseph. “Supreme Court to Hear *Daishowa* Appeal — Back to Basics on Basis and Proceeds” (July 12, 2012), CCH *Tax Topics* No. 2105.

Gamble, Ian J. *Taxation of Canadian Mining*. Toronto: Carswell, 2004.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Layden-Stevenson and Mainville J.J.A.), 2011 FCA 267, 422 N.R. 108, 2011 D.T.C. 5157, [2012] 1 C.T.C. 116, [2011] F.C.J. No. 1351 (QL), 2011 CarswellNat 3770, setting aside a decision of Miller J., 2010 TCC 317, 2010 D.T.C. 1216, [2010] 5 C.T.C. 2289, [2010] T.C.J. No. 228 (QL), 2010 CarswellNat 1649. Appeal allowed.

John H. Saunders, for the appellant.

David W. Jacyk and *Lisa M. Macdonell*, for the respondent.

Marta E. Burns, *Michael Sobkin*, *Jeffrey W. A. Moore* and *Monica Johnson*, for the intervener Her Majesty The Queen in Right of Alberta.

Warren J. A. Mitchell, Q.C., *Ian Gamble* and *Leah Plumridge*, for the interveners Tolko Industries Ltd., International Forest Products Ltd., West Fraser Timber Co. Ltd. and the Canfor Corporation.

Al Meghji and *Monica Biringer*, for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, the Court is called upon to answer the age-old question: If a tree falls in the

Frankovic, Joseph. « Supreme Court to Hear *Daishowa* Appeal — Back to Basics on Basis and Proceeds » (July 12, 2012), CCH *Tax Topics* No. 2105.

Gamble, Ian J. *Taxation of Canadian Mining*. Toronto : Carswell, 2004.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2010.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Layden-Stevenson et Mainville), 2011 CAF 267, 422 N.R. 108, 2011 D.T.C. 5157, [2012] 1 C.T.C. 116, [2011] A.C.F. n° 1351 (QL), 2011 CarswellNat 6188, qui a infirmé une décision du juge Miller, 2010 CCI 317, 2010 D.T.C. 1216, [2010] 5 C.T.C. 2289, [2010] A.C.I. n° 228 (QL), 2010 CarswellNat 3908. Pourvoi accueilli.

John H. Saunders, pour l’appelante.

David W. Jacyk et *Lisa M. Macdonell*, pour l’intimée.

Marta E. Burns, *Michael Sobkin*, *Jeffrey W. A. Moore* et *Monica Johnson*, pour l’intervenante Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta.

Warren J. A. Mitchell, c.r., *Ian Gamble* et *Leah Plumridge*, pour les intervenantes Tolko Industries Ltd., International Forest Products Ltd., West Fraser Timber Co. Ltd. et Canfor Corporation.

Al Meghji et *Monica Biringer*, pour l’intervenante l’Association canadienne des producteurs pétroliers.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à répondre à la sempiternelle question suivante : si

forest and you are not around to replant it, how does it affect your taxes?

[2] Daishowa-Marubeni International Ltd. (“DMI”) was the owner of forest tenures in Alberta under which it was licensed to cut timber from designated provincial Crown land. In accordance with Alberta’s regulatory regime, DMI’s licence to cut timber was subject to a corresponding obligation to reforest the areas it harvested, in the manner specified by Alberta regulations. DMI sold two of its forest tenures and, under the terms of each sale agreement, the purchaser of each tenure assumed the obligation to reforest that arose from DMI’s past harvesting.

[3] The issue in this case is whether DMI was required to include in its “proceeds of disposition” for each sale an estimate of the cost of the reforestation obligations that the purchasers assumed. In my view, DMI was not required to do so. The obligation to reforest areas harvested in accordance with a forest tenure in Alberta is a future expense that is embedded in the tenure. As such, the obligation serves to depress the value of the forest tenure. It is not a separate existing debt of the vendor that is assumed by the purchaser as part of the sale price of the forest tenure.

II. Facts

[4] Prior to 1999, DMI operated two timber divisions that were referred to throughout these proceedings as the High Level Division and the Brewster Lumber Division. Both divisions carried on the business of harvesting logs and manufacturing finished timber. To carry on that business, each division held a forest tenure that allowed it to cut and remove timber from an area of land owned by the province of Alberta. The High Level Division’s forest tenure arose from a Forest Management Agreement that DMI signed with the province under s. 16 of the *Forests Act*, R.S.A. 1980, c. F-16, which, for the purposes of this case, is substantially similar to the *Forests Act*, R.S.A.

un arbre tombe dans la forêt et que vous n’êtes pas là pour le replanter, quelle incidence cela a-t-il sur vos impôts?

[2] Daishowa-Marubeni International Ltd. (« DMI ») était propriétaire en Alberta de tenures forestières qui l’autorisaient à couper du bois sur des terres désignées de la Couronne provinciale. Conformément au régime de réglementation de l’Alberta, le permis de coupe de bois de DMI était assorti d’une obligation correspondante de reboiser les superficies qu’elle avait récoltées, de la manière précisée dans le règlement de l’Alberta. DMI a vendu deux de ses tenures forestières et, aux termes de chaque contrat de vente, l’acheteur de chaque tenure prenait en charge l’obligation relative au reboisement qui découlait des récoltes antérieures de DMI.

[3] Il faut déterminer en l’espèce si DMI était tenue d’inclure dans son « produit de disposition », à l’égard de chaque vente, une estimation du coût des obligations relatives au reboisement prises en charge par les acheteurs. À mon avis, DMI n’y était pas tenue. En Alberta, l’obligation de reboiser les superficies récoltées conformément à une tenure forestière constitue une dépense future inhérente à la tenure. L’obligation a donc pour effet de diminuer la valeur de la tenure forestière. Elle ne constitue pas une dette existante distincte du vendeur que l’acheteur prend en charge et qui fait partie du prix de vente de la tenure forestière.

II. Les faits

[4] Avant 1999, DMI exploitait deux divisions de bois d’œuvre, appelées tout au long des procédures la division High Level et la division Brewster Lumber. Les deux divisions récoltaient des grumes et fabriquaient du bois d’œuvre. Pour exercer ces activités, chaque division détenait une tenure forestière qui lui permettait de couper et d’enlever du bois sur un territoire appartenant à la province de l’Alberta. La tenure forestière de la division High Level découlait d’une entente d’aménagement forestier que DMI avait conclue avec la province aux termes de l’art. 16 de la *Forests Act*, R.S.A. 1980, ch. F-16, qui, pour les besoins de l’espèce, est en substance similaire à la *Forests Act*, R.S.A.

2000, c. F-22, which is currently in force. The Brewster Lumber Division's forest tenure arose from timber quotas issued by the province; see *Forests Act*, s. 17.

[5] In addition to permitting DMI's divisions to cut and remove timber, the Forest Management Agreement and timber quotas obliged each division to undertake certain reforestation or silviculture activities after it harvested the timber, in a manner specified by Alberta regulations. These reforestation obligations require a tenure holder, over time, to engage in activities that include brush disposal, scarification, mounding, planting, seeding, applying herbicides, brushweeding, and manual or chemical tending. The tenure holder is also required to complete and submit to the province multiple surveys to demonstrate its progress in reforesting. The tenure holder is relieved of its obligation to reforest when it satisfies the province that the reforested area has reached a threshold level of growth, referred to as "free-to-grow" status. This process generally takes eight to fourteen years. Alternatively, the province may relieve the holder of its obligation to reforest if natural processes, such as wildfire or flooding, make it impossible to achieve the regeneration standard.

[6] In 1999 and 2000, DMI sold its High Level and Brewster Lumber divisions, along with each division's forest tenure. With respect to the High Level Division, DMI entered into a sale agreement with Tolko Industries Ltd. on October 6, 1999. The agreement provided that Tolko would pay a purchase price of \$169 million for the division, plus an estimated value of the net purchased working capital. According to the agreement, \$20 million of the purchase price was allocated to the value of the High Level Division's forest tenure.

[7] The agreement to sell the High Level Division provided that Tolko would assume the reforestation

2000, ch. F-22, actuellement en vigueur. La tenure forestière de la division Brewster Lumber découlait de quotas de bois accordés par la province; voir la *Forests Act*, art. 17.

[5] En plus de permettre aux divisions de DMI de couper et d'enlever du bois, l'entente d'aménagement forestier et les quotas obligeaient chaque division à entreprendre, après la récolte du bois, certaines activités de reboisement et de sylviculture, de la manière précisée dans les règlements de l'Alberta. En vertu de ces obligations relatives au reboisement, un détenteur de tenure doit, au fil du temps, se charger d'activités qui comprennent notamment l'élimination des broussailles, le scariage, le buttage, la plantation, l'ensemencement, l'application d'herbicides, le désherbage et les soins sylvicoles manuels ou chimiques. Le détenteur de tenure est également tenu d'établir et de présenter à la province de nombreux états démontrant l'avancement du reboisement. Le détenteur de tenure est libéré de son obligation relative au reboisement lorsqu'il établit à la satisfaction de la province que la superficie reboisée a atteint un niveau seuil de croissance, c'est-à-dire l'état d'« établissement du peuplement forestier ». Ce processus prend généralement de huit à quatorze ans. Subsidiairement, la province peut dégager le détenteur de son obligation relative au reboisement si, du fait de processus naturels comme un incendie de forêt ou une inondation, il est impossible d'atteindre la norme de régénération.

[6] En 1999 et 2000, DMI a vendu ses divisions High Level et Brewster Lumber, ainsi que la tenure forestière de chaque division. En ce qui a trait à la division High Level, DMI a conclu un contrat de vente avec Tolko Industries Ltd. le 6 octobre 1999. Aux termes de ce contrat, Tolko s'engageait à payer un prix d'achat de 169 millions de dollars pour la division, plus une somme égale à la valeur estimative du fonds de roulement net. Le contrat stipulait qu'une partie du prix d'achat, soit 20 millions de dollars, représentait la valeur de la tenure forestière de la division de High Level.

[7] Le contrat de vente de la division High Level prévoyait que Tolko prenne en charge les

obligations that had arisen as a result of DMI's past harvesting. The agreement stated that "DMI estimates in good faith that the aggregate value of the current and long term reforestation liabilities will be \$11 million". It required DMI to prepare a final estimate of the reforestation obligations after the closing date and provided for the purchase price to be adjusted in the event that the post-closing estimate of the reforestation obligations differed from DMI's original estimate. That is, if the post-closing estimate was greater than DMI's initial estimate of \$11 million, DMI was required to pay Tolko the difference. If the post-closing estimate was lower than DMI's initial estimate, Tolko was required to pay DMI the difference.

[8] On November 1, 1999, Tolko paid DMI \$169 million, plus an additional \$16.6 million for net purchased working capital. After the closing date, DMI tendered a final estimate of the reforestation obligations that was \$296,225 greater than its initial \$11 million estimate. DMI accordingly returned \$296,225 to Tolko.

[9] DMI sold the Brewster Lumber Division, including its forest tenure, to Seehta Forest Products Ltd. on August 11, 2000. According to the sale agreement, the purchase price for the division was \$6.1 million, plus or minus any difference between the preliminary estimate of the net purchased working capital and a final estimate of the net purchased working capital. Similar to the High Level agreement, the agreement also provided that Seehta would assume all obligations to reforest land that was previously harvested pursuant to Brewster Lumber's forest tenure. The agreement did not, however, specify an estimated cost of performing the reforestation obligations.

[10] In accordance with ss. 16(3) and 28(2) of the *Forests Act* and *The Timber Management Regulations*, Alta. Reg. 60/73, s. 154, DMI sought the province of Alberta's consent to assign each of

obligations relatives au reboisement découlant des récoltes antérieures de DMI. Le contrat stipulait que [TRADUCTION] « DMI estime de bonne foi que la valeur globale des obligations à court et à long termes relatives au reboisement s'élèvera à 11 millions de dollars ». DMI devait établir une estimation finale des obligations relatives au reboisement après la date de clôture, et le contrat prévoyait le rajustement du prix d'achat si l'estimation de ces obligations était différente de l'estimation initiale fournie par DMI. Ainsi, si l'estimation établie après la clôture était supérieure à 11 millions de dollars, soit l'estimation initiale de DMI, cette dernière devait payer la différence à Tolko. Si l'estimation établie après la clôture était inférieure à l'estimation initiale de DMI, Tolko devait payer la différence à DMI.

[8] Le 1^{er} novembre 1999, Tolko a payé à DMI la somme de 169 millions de dollars, plus une somme supplémentaire de 16,6 millions de dollars pour le fonds de roulement net visé par l'achat. Après la date de clôture, DMI a présenté une estimation finale des obligations relatives au reboisement qui dépassait de 296 225 \$ son estimation initiale de 11 millions de dollars. DMI a donc remis la somme de 296 225 \$ à Tolko.

[9] DMI a vendu la division Brewster Lumber, y compris sa tenure forestière, à Seehta Forest Products Ltd. le 11 août 2000. Aux termes du contrat de vente, le prix d'achat de la division était de 6,1 millions de dollars, plus ou moins toute différence entre l'estimation préliminaire et l'estimation finale du fonds de roulement net visé par l'achat. À l'instar du contrat de vente de la division High Level, le contrat prévoyait que Seehta prendrait en charge toutes les obligations relatives au reboisement des terres précédemment exploitées en vertu de la tenure forestière de la division Brewster Lumber. Toutefois, le contrat ne précisait pas de coût estimatif d'exécution des obligations relatives au reboisement.

[10] Conformément aux par. 16(3) et 28(2) de la *Forests Act* et à l'art. 154 des *Timber Management Regulations*, Alta. Reg. 60/73, DMI a demandé le consentement de la province de l'Alberta pour

the forest tenures. The province consented to both assignments. The parties are in agreement that Alberta approves the assignment of a forest tenure only if the reforestation obligations that arose from the vendor's harvesting are undertaken by the purchaser of the tenure. Alberta, an intervener in these proceedings, takes the position that, upon assignment of a forest tenure, the vendor is relieved of any liability for completing the reforestation obligations. Upon assignment, the purchaser is solely responsible for carrying out the reforestation activities.

[11] In the years in which DMI harvested timber, for *accounting* purposes, it charged to earnings the estimated cost of future reforestation obligations in the year of the harvesting that gave rise to those obligations. However, each year, for *tax* purposes, DMI added back to its income the amounts it had charged to earnings for accounting purposes. Thus, DMI claimed no tax deduction for the estimated future reforestation obligations that arose as it harvested timber.

[12] In the years in which the sales took place, DMI increased its income for accounting purposes by including the amounts charged previously to earnings, to reflect the fact that it would no longer have to pay the future reforestation costs associated with the forest tenures it had sold. In filing its income tax return for those years, DMI did not include in its income any amount to reflect the purchasers' assumption of the reforestation obligations.

[13] The Minister of National Revenue reassessed DMI with respect to both the 1999 and 2000 taxation years. According to the Minister, DMI was required to include an amount equal to the estimated cost of the reforestation obligations assumed by Tolko and Seehta in its "proceeds of disposition" under s. 13(21) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). The reassessment included in DMI's proceeds \$11 million for the sale to Tolko, based on the estimated cost of the reforestation obligations in the sale agreement, and \$2,996,380 for the sale to Seehta, based on the estimated cost in

céder les tenures forestières. La province a consenti aux deux cessions. Les parties s'entendent pour dire que l'Alberta n'autorise la cession d'une tenure forestière que si les obligations relatives au reboisement découlant de la récolte du vendeur sont assumées par l'acheteur de la tenure. Selon l'Alberta, une intervenante en l'instance, dès la cession d'une tenure forestière, le vendeur est libéré de toute responsabilité à l'égard des obligations relatives au reboisement. Dès la cession, l'acheteur est seul responsable de l'exécution des travaux de reboisement.

[11] Au cours des années durant lesquelles DMI a récolté du bois, celle-ci a porté au débit des gains, à des fins *comptables*, le coût estimatif des obligations futures relatives au reboisement dans l'année de la récolte qui a donné naissance à ces obligations. Toutefois, chaque année, aux fins de *l'impôt*, DMI a ajouté à son revenu les sommes qu'elle avait portées au débit des gains à des fins comptables. Ainsi, DMI n'a réclamé aucune déduction fiscale au titre des obligations futures estimatives relatives au reboisement qui ont pris naissance alors qu'elle récoltait du bois.

[12] Dans les années où les ventes ont eu lieu, DMI a augmenté son revenu à des fins comptables en incluant les sommes qu'elle avait portées au débit des gains pour prendre en compte le fait qu'elle n'aurait plus à payer les frais futurs de reboisement liés aux tenures forestières qu'elle avait vendues. En produisant ses déclarations de revenus pour ces années, DMI n'a pas inclus dans son revenu une somme qui tient compte de la prise en charge par les acheteurs des obligations relatives au reboisement.

[13] Le ministre du Revenu national a établi à l'égard de DMI de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1999 et 2000. Selon le ministre, DMI était tenue, aux termes du par. 13(21) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), d'inclure dans son « produit de disposition » une somme égale au coût estimatif des obligations relatives au reboisement prises en charge par Tolko et Seehta. Dans les nouvelles cotisations, le ministre a ajouté au produit de disposition de DMI 11 millions de dollars pour la vente à Tolko, s'appuyant sur le coût estimatif des obligations

DMI's accounting records. DMI appealed that reassessment.

[14] The Minister's reassessment did not account for the \$296,225 that DMI returned to Tolko based on the final estimate of the future reforestation costs in reassessing DMI for the Tolko sale, but has since taken the position that that amount should have been included in the reassessment. Because the actual reassessment was based on the contracting parties' initial \$11 million estimate, the parties and the courts below have treated that as the amount in issue for the Tolko sale. I do the same in these reasons.

III. Procedural History

A. *Tax Court of Canada, 2010 TCC 317, 2010 D.T.C. 1216*

[15] Miller J. allowed DMI's appeal of the Minister's reassessment in part. He held that, upon sale of a forest tenure, the purchaser's assumption of reforestation obligations is properly included in the vendor's proceeds of disposition under s. 13(21) of the Act. He concluded that the assumption of the reforestation obligations was part of the consideration tendered for the forest tenure. Here, it was evident that the assumption of the reforestation obligations was part of the consideration received based on DMI's admission that "[i]f Tolko had not assumed the Appellant's silviculture liability, the amount of cash or other consideration it would have paid the Appellant would have increased": A.R., at p. 286.

[16] According to Miller J., however, it was not appropriate to add the entire estimated cost of the reforestation obligations to DMI's proceeds of disposition. After considering a number of factors, Miller J. concluded that DMI should have included in its proceeds of disposition the estimated cost of the reforestation activities that would take place

relatives au reboisement indiqué dans le contrat de vente, et 2 996 380 \$ pour la vente à Seehta, s'appuyant sur le coût estimatif porté dans les registres comptables de DMI. DMI a interjeté appel de ces nouvelles cotisations.

[14] Dans la nouvelle cotisation relative à la vente à Tolko, le ministre n'a pas pris en compte la somme de 296 225 \$ que DMI avait remise à Tolko en fonction de l'estimation finale des frais futurs de reboisement, mais il a reconnu par la suite que cette somme aurait dû être incluse dans la nouvelle cotisation. Parce que la nouvelle cotisation réelle était fondée sur l'estimation initiale des parties contractantes, soit 11 millions de dollars, les parties et les juridictions inférieures ont considéré qu'il s'agissait de la somme en litige en ce qui a trait à la vente à Tolko. Je fais de même dans les présents motifs.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour canadienne de l'impôt, 2010 CCI 317, 2010 D.T.C. 1216*

[15] Le juge Miller a accueilli en partie l'appel interjeté par DMI à l'encontre de la nouvelle cotisation du ministre. Il a statué que, lors de la vente d'une tenure forestière, il y a lieu d'inclure dans le produit de disposition du vendeur, en application du par. 13(21) de la Loi, la valeur des obligations relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur. Il a conclu que la prise en charge de ces obligations faisait partie de la contrepartie versée pour la tenure forestière. En l'espèce, il était évident que la prise en charge de ces obligations faisait partie de la contrepartie reçue, puisque DMI avait admis que [TRADUCTION] « [s]i Tolko n'avait pas pris en charge l'obligation de l'appelante relative à la silviculture, la somme versée en espèces ou toute autre contrepartie qu'elle aurait versée à l'appelante aurait augmenté » : d.a., p. 286.

[16] Toutefois, selon le juge Miller, il ne fallait pas ajouter au produit de disposition de DMI le coût estimatif total des obligations relatives au reboisement. Après avoir pris en compte un certain nombre de facteurs, le juge Miller a conclu que DMI aurait dû inclure dans son produit de disposition le coût estimatif des travaux de reboisement qui

within the 12 months following each sale, plus 20 percent of the estimated cost of the activities that would take place thereafter.

B. *Federal Court of Appeal, 2011 FCA 267, 422 N.R. 108*

[17] Writing for the majority, Nadon J.A. held that DMI was required to include in its proceeds of disposition the entire estimated cost of the reforestation obligations associated with each tenure.

[18] Nadon J.A. agreed with the Tax Court that a purchaser's assumption of reforestation obligations amounts to consideration received by the vendor. According to Nadon J.A., with respect to the sale of the High Level Division to Tolko, the Tax Court erred by treating the \$11 million cost of the reforestation obligations as an estimate that could be discounted for tax purposes. The relevant inquiry was the value attributed to the reforestation obligations by the contracting parties. Here, the sale agreement demonstrated that DMI and Tolko valued the reforestation obligations at \$11 million and thus that full amount should have been added to DMI's proceeds of disposition from the sale.

[19] Nadon J.A. found that the trial judge's reasons were inadequate with respect to the sale of the Brewster Lumber Division to Seehta because the trial judge did not address whether the evidence related to the transaction showed that DMI and Seehta had agreed to a value for the reforestation obligations. The majority thus upheld the Minister's reassessment with respect to the sale of the High Level Division, but remitted the matter to the Tax Court for redetermination with respect to the sale of the Brewster Lumber Division.

[20] Mainville J.A. dissented. In his view, the reforestation obligations "form an integral part of the forest tenures, and though they affect the value of

seraient exécutés dans les 12 mois suivant chaque vente, plus 20 pour 100 du coût estimatif des travaux exécutés par la suite.

B. *Cour d'appel fédérale, 2011 CAF 267 (CanLII)*

[17] Au nom des juges majoritaires, le juge Nadon a statué que DMI était tenue d'inclure dans son produit de disposition la totalité du coût estimatif des obligations relatives au reboisement liées à chaque tenure.

[18] Le juge Nadon était d'accord avec la Cour canadienne de l'impôt pour dire que la prise en charge, par un acheteur, des obligations relatives au reboisement équivaut à la contrepartie reçue par le vendeur. Selon le juge Nadon, pour ce qui est de la vente de la division High Level à Tolko, la cour de l'impôt a eu tort de considérer le coût des obligations relatives au reboisement, soit 11 millions de dollars, comme une estimation qui pouvait être réduite aux fins de l'impôt. La question pertinente consistait à déterminer la valeur attribuée par les parties contractantes aux obligations relatives au reboisement. En l'espèce, il ressortait du contrat de vente que DMI et Tolko avaient évalué ces obligations à 11 millions de dollars, si bien que DMI aurait dû ajouter la totalité de cette somme au produit de disposition tiré de la vente.

[19] Le juge Nadon a conclu que les motifs du juge de première instance étaient inadéquats en ce qui a trait à la vente de la division Brewster Lumber à Seehta, parce que le juge de première instance n'avait pas abordé la question de savoir si la preuve relative à l'opération permettait d'établir que DMI et Seehta avaient convenu d'une valeur attribuable aux obligations relatives au reboisement. Les juges majoritaires ont donc confirmé la nouvelle cotisation du ministre à l'égard de la vente de la division High Level, mais ont renvoyé l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle statue de nouveau à l'égard de la vente de la division Brewster Lumber.

[20] Le juge Mainville était dissident. À son avis, les obligations relatives au reboisement « font partie intégrante des tenures; même si elles ont une

the tenures, they are not a separate consideration of the sale transactions involving the tenures, and should thus not be added to the vendor's proceeds of disposition resulting from those sales": para. 128. For that reason, he concluded:

The proper approach in these proceedings is to recognize that the reforestation liabilities at issue depress the value of the timber resources properties to which they are inextricably linked, and that consequently the vendor in this case received a lower price on the sale of these properties than it might have otherwise received. [para. 130]

[21] On this basis, Mainville J.A. would have allowed DMI's appeal and dismissed the government's cross-appeal.

IV. Issues

[22] This Court granted leave on two issues:

1. Are the reforestation liabilities to be included in the proceeds of disposition because the vendor is relieved of a liability or are they integral to and run with the forest tenures?
2. Does it make any difference that the parties agreed to a specific amount of the future reforestation liability?

V. Analysis

A. *Whether the Reforestation Obligations Had to Be Included in DMI's Proceeds of Disposition*

- (1) Whether Reforestation Obligations Are a Distinct Debt of DMI or Are Embedded in the Forest Tenure

[23] The parties agree that each of the forest tenures sold in this case is a "timber resource property" within the meaning of s. 13(21) of the *Income Tax*

incidence sur leur valeur, elles ne forment pas une contrepartie distincte des transactions de vente touchant les tenures et ne devraient donc pas se rajouter au produit de disposition du vendeur découlant de ces ventes » : par. 128. Pour ce motif, il a conclu en ces termes :

Dans le cas présent, la bonne approche consiste à reconnaître que les obligations relatives au reboisement dont il est question diminuent la valeur des avoirs forestiers auxquels elles sont inextricablement liées, et donc que le vendeur a reçu en l'espèce pour ces avoirs un prix de vente plus faible que celui qu'il aurait pu autrement obtenir. [par. 130]

[21] C'est pourquoi le juge Mainville aurait accueilli l'appel de DMI et rejeté l'appel incident du gouvernement.

IV. Les questions en litige

[22] Notre Cour a autorisé le pourvoi sur deux questions :

1. Les obligations relatives au reboisement doivent-elles être incluses dans le produit de disposition parce que la venderesse est libérée d'une obligation ou est-ce qu'elles font partie intégrante des tenures forestières et y sont rattachées?
2. Le fait que les parties se sont entendues sur une valeur précise attribuée à l'obligation future de reboisement change-t-il quelque chose?

V. Analyse

A. *Les obligations relatives au reboisement devaient-elles être incluses dans le produit de disposition de DMI?*

- (1) Les obligations relatives au reboisement constituent-elles une dette distincte de DMI ou sont-elles inhérentes à la tenure forestière?

[23] Les parties sont d'accord pour dire que chacune des tenures forestières vendues en l'espèce est un « avoir forestier » au sens du par. 13(21) de la *Loi*

Act because each provides “a right or licence to cut or remove timber from a limit or area in Canada”.

[24] A timber resource property is treated as a hybrid for tax purposes. On the one hand, it is treated as a capital property for the purposes of capital cost allowance, such that the owner of a timber resource property may take an annual deduction on income equal to a percentage of the undepreciated capital cost; see *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, Sch. II, Class 33. On the other hand, a timber resource property is excluded from capital gains treatment: *Income Tax Act*, s. 39(1)(a)(iv). Therefore, upon sale of a timber resource property, any proceeds of disposition in excess of the property’s capital cost are treated as income; see *Income Tax Act*, s. 13(1) and (21) “undepreciated capital cost” (variable G); Canada Customs and Revenue Agency, Interpretation Bulletin IT-481 (Consolidated), “Timber Resource Property and Timber Limits” (Jan. 13, 2004), at para. 2.

[25] As set forth above, the issue in this appeal is whether the owner of a forest tenure who sells the tenure must include the estimated amount of future reforestation costs assumed by the purchaser in its proceeds of disposition. Section 13(21) of the *Income Tax Act* defines “proceeds of disposition” to include “the sale price of property that has been sold”. The focus of this case is thus on whether the purchasers’ assumption of the reforestation obligations arising from DMI’s previous harvesting is included in the sale price of the forest tenure.

[26] It is beyond dispute that, as a matter of principle, the assumption of a vendor’s liability by a purchaser may constitute part of the sale price and therefore part of the vendor’s proceeds of disposition; see, e.g., *Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Minister of National Revenue*, 2009 FCA 49, 386 N.R. 354, at para. 28; *Loyens v. The Queen*, 2003 TCC 214, 2003 D.T.C. 355 (General

de l’impôt sur le revenu parce que chacune procure un « [d]roit ou permis de couper ou de retirer du bois sur une concession ou un territoire du Canada ».

[24] Un avoir forestier est soumis à un traitement hybride aux fins fiscales. D’une part, il est considéré comme un bien en immobilisation aux fins de déduction pour amortissement, de sorte que le propriétaire d’un avoir forestier peut déduire chaque année de son revenu une somme égale à un pourcentage de la fraction non amortie du coût en capital; voir le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, ann. II, catégorie 33. D’autre part, l’avoir forestier ne peut donner lieu à un gain en capital : *Loi de l’impôt sur le revenu*, sous-al. 39(1)a)(iv). Par conséquent, lors de la vente d’un avoir forestier, tout excédent du produit de disposition sur son coût en capital est traité comme un revenu; voir *Loi de l’impôt sur le revenu*, par. 13(1) et (21) « fraction non amortie du coût en capital » (variable G); Agence des douanes et du revenu du Canada, Bulletin d’interprétation IT-481 (Consolidé), « Avoirs forestiers et concessions forestières » (13 janv. 2004), par. 2.

[25] Comme je l’ai mentionné précédemment, la question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le propriétaire d’une tenure forestière qui vend la tenure doit inclure, dans son produit de disposition, le montant estimatif des coûts du reboisement futurs pris en charge par l’acheteur. Selon la définition figurant au par. 13(21) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le « produit de disposition » comprend « le prix de vente de biens qui ont été vendus ». Le point essentiel en l’espèce est donc de savoir si la valeur des obligations relatives au reboisement découlant des récoltes antérieures de DMI prises en charge par les acheteurs est incluse dans le prix de vente de la tenure forestière.

[26] Nul ne conteste qu’en principe, la valeur d’une obligation du vendeur prise en charge par l’acheteur peut constituer une partie du prix de vente et, donc, du produit de disposition du vendeur; voir, p. ex., *Telus Communications (Edmonton) Inc. c. Canada*, 2009 CAF 49 (CanLII), par. 28; *Loyens c. La Reine*, 2003 CCI 214 (CanLII) (Procédure générale), par. 31 et 33. L’achat d’un bien grevé

Procedure), at paras. 31 and 33. A straightforward example of such a circumstance would be the purchase of a property that is encumbered by a mortgage. If, for instance, an individual purchases a building by paying some cash and also assumes the mortgage encumbering the property, the sale price of the property includes the amount of the cash received and the amount remaining on the mortgage assumed; see *Loyens*, at paras. 31 and 33. The vendor's proceeds of disposition for tax purposes would thus include both amounts; see *Lord Elgin Hotel Ltd. v. Minister of National Revenue* (1964), 64 D.T.C. 637 (T.A.B.), at paras. 11-12.

[27] The Minister submits that a forest tenure with reforestation obligations that have arisen under Alberta law from past harvesting is analogous to property encumbered by a mortgage. According to the Minister, upon sale of the forest tenure, the purchaser's assumption of reforestation obligations, like the assumption of a mortgage, forms part of the sale price and must be included in the vendor's proceeds of disposition.

[28] DMI, supported by the industry interveners, submits that the analogy to a mortgage is misplaced. In their view, a forest tenure with reforestation obligations that have arisen from past harvesting is better analogized to property that is in need of repair. The need for repairs has the effect of depressing the property's value. If property in need of repair is sold, the purchaser's assumption of the cost of repairs does not form an additional part of the sale price of the property. And, as the Minister acknowledged at the oral hearing, the vendor would not be required to include in its proceeds of disposition an amount to reflect the estimated repair costs assumed by the purchaser. This would be true even if the parties attributed a value to the cost of those repairs in their contract and even if the repairs were required by law; see M. Colborne and S. Suarez, "Timber! Consequences of Assuming Reforestation Obligations" (2012), 60 *Can. Tax J.* 137, at p. 142.

[29] I agree with Mainville J.A., DMI and the industry interveners that the assumed reforestation

d'une hypothèque présente un exemple simple d'une telle situation. Si, par exemple, une personne achète un édifice en versant une somme d'argent comptant et prend aussi en charge la dette hypothécaire grevant le bien, le prix de vente du bien comprend la somme d'argent reçue et le solde de la dette hypothécaire prise en charge; voir *Loyens*, par. 31 et 33. Le produit de disposition du vendeur aux fins fiscales inclurait donc les deux sommes; voir *Lord Elgin Hotel Ltd. c. Minister of National Revenue* (1964), 64 D.T.C. 637 (C.A.I.), par. 11-12.

[27] Le ministre plaide qu'une tenure forestière grevée d'obligations relatives au reboisement qui découlent, en vertu de la loi de l'Alberta, de récoltes antérieures est analogue à un bien grevé d'une hypothèque. Selon le ministre, lors de la vente de la tenure forestière, la valeur des obligations relatives au reboisement que l'acheteur prend à sa charge, à l'instar de la prise en charge d'une dette hypothécaire, fait partie du prix de vente et doit être incluse dans le produit de disposition du vendeur.

[28] Avec l'appui des intervenants de l'industrie, DMI plaide que l'analogie de la dette hypothécaire est hors de propos. À leur avis, une tenure forestière grevée d'obligations relatives au reboisement qui découlent de récoltes antérieures se compare davantage à un bien qui nécessite des réparations. Les réparations nécessaires ont pour effet de diminuer la valeur du bien. Si le bien qui doit être réparé est vendu, le coût des réparations que l'acheteur prend à sa charge ne constitue pas une partie supplémentaire du prix de vente du bien. Et comme le ministre l'a reconnu à l'audience, le vendeur ne serait pas tenu d'inclure dans son produit de disposition une somme correspondant au coût estimatif des réparations prises en charge par l'acheteur. Il en serait ainsi même si, dans leur contrat, les parties attribuaient une valeur au coût de ces réparations et même si les réparations étaient exigées par la loi; voir M. Colborne et S. Suarez, « Timber! Consequences of Assuming Reforestation Obligations » (2012), 60 *Rev. fisc. can.* 137, p. 142.

[29] Je suis d'accord avec le juge Mainville, DMI et les intervenants de l'industrie pour dire que les

obligations are not appropriately characterized as the assumption of an existing debt of the vendor that forms part of the sale price of the property. The obligations — much like needed repairs to property — are a future cost embedded in the forest tenure that serves to depress the tenure’s value at the time of sale. This is different from a mortgage, which, as I explain below, does not affect the value of the property it encumbers.

[30] In this case, the reforestation obligations are embedded in the forest tenure by reason of the policy and practice of Alberta. As described above, Alberta law provides that a forest tenure may be transferred only with the consent of the appropriate provincial official; see the *Forests Act*, ss. 16(3) and 28(2), and *The Timber Management Regulations*, s. 154. As the trial judge found (para. 26) and Alberta has affirmed before this Court (factum, at paras. 24-26), “the Province of Alberta will not approve of a transfer of the forest tenures, unless a purchaser assumes the reforestation liability”. That is, “the situation in Alberta is that the Province effectively forces the purchaser to assume the reforestation liability: no assumption — no transfer of forest tenures”: trial reasons, at para. 26. Further, Alberta takes the position that, after an assignment has been approved by the province, the vendor is absolved of all liability for the reforestation obligations.

[31] The effect of Alberta’s scheme is to embed the reforestation obligations into the forest tenure, such that the obligations cannot be severed from the property itself. As such, the reforestation obligations are simply a future cost tied to the tenure that depresses the value of the tenure. A prospective purchaser of the tenure would take into account the income-earning potential of the tenure as well as the expected future costs associated with ownership of the tenure. The existence of reforestation obligations, a future cost that cannot be severed from the tenure, would decrease the amount such a prospective purchaser would be willing to pay; see

obligations relatives au reboisement prises en charge ne sauraient être assimilées à une dette existante du vendeur qui fait partie du prix de vente du bien. Les obligations — tout comme les réparations qui doivent être faites au bien — constituent un coût futur inhérent à la tenure forestière qui a pour effet d’en diminuer la valeur au moment de la vente. Il en est autrement dans le cas de la dette hypothécaire qui, comme je l’explique plus loin, n’a aucune incidence sur la valeur du bien qu’elle grève.

[30] En l’espèce, les obligations relatives au reboisement sont inhérentes à la tenure forestière en raison de la politique et de la pratique appliquées en Alberta. Tel qu’indiqué précédemment, la loi de l’Alberta prévoit qu’une tenure forestière ne peut être transférée qu’avec le consentement du fonctionnaire provincial compétent; voir la *Forests Act*, par. 16(3) et 28(2), et les *Timber Management Regulations*, art. 154. Comme l’a indiqué le juge de première instance (par. 26) et comme l’a affirmé l’Alberta devant cette Cour (mémoire, par. 24-26), « la province [de l’Alberta] n’approuvera pas un transfert de tenures, à moins que l’acquéreur ne prenne en charge l’obligation relative au reboisement ». Autrement dit, « [l]a situation, en Alberta, est plutôt la suivante : la province contraint effectivement l’acquéreur à prendre en charge l’obligation relative au reboisement : si l’acquéreur ne prend pas cette obligation en charge, il ne peut pas y avoir transfert des tenures » : motifs du jugement de première instance, par. 26. En outre, selon l’Alberta, après que la province a approuvé une cession, le vendeur est déchargé de toute responsabilité à l’égard des obligations relatives au reboisement.

[31] Le régime de l’Alberta a pour effet d’incorporer les obligations relatives au reboisement à la tenure forestière, de sorte que les obligations ne peuvent être dissociées du bien lui-même. Ainsi, les obligations relatives au reboisement constituent simplement un coût futur lié à la tenure et qui en diminue la valeur. Un acheteur éventuel de la tenure prendrait en compte la capacité productive de la tenure ainsi que les coûts futurs prévus afférents à la propriété de la tenure. L’existence des obligations relatives au reboisement, un coût futur qui ne peut être dissocié de la tenure, réduirait la somme que l’acheteur éventuel serait disposé à payer; voir J. Frankovic, « Supreme Court

J. Frankovic, “Supreme Court to Hear *Daishowa* Appeal — Back to Basics on Basis and Proceeds” (July 12, 2012), CCH *Tax Topics* No. 1205, at pp. 2-3. Here, for instance, the record establishes that Tolko valued the High Level Division’s forest tenure at \$31 million less the \$11 million estimated cost of future reforestation obligations. The forest tenure thus had a value of \$20 million. To include the full \$31 million in DMI’s proceeds of disposition would disregard the fact that DMI did not have \$31 million of value to sell. Under no circumstances could DMI have received \$31 million for the forest tenure.

[32] This distinguishes the reforestation obligations tied to a forest tenure from a mortgage, which does not affect the value of the property it encumbers. For instance, a property worth \$31 million that is encumbered by a mortgage of \$11 million, despite the mortgage, still has a value of \$31 million. The vendor of such a property could obtain \$31 million for it and then pay off the mortgage. Alternatively, the vendor could obtain \$20 million and have the purchaser assume the mortgage. In either case, it makes sense for the vendor’s proceeds of disposition to equal the full \$31 million because that is the value of the asset being sold.

[33] Parenthetically, I note that it is true that in some circumstances, the *terms* of a mortgage might have an impact on the sale price of the property it encumbers. If, for instance, property is encumbered by a mortgage with a very favourable interest rate, it will be more attractive to purchasers who can assume such a mortgage and such purchasers will be prepared to pay more on that account. However, in such circumstances, the favourable interest rate has a separate value of its own to the purchaser who can assume the mortgage. The interest rate does not affect the value of the property. In any case, here, the Minister analogizes future reforestation costs to the vendor’s *indebtedness* on a mortgage. As I have explained, the vendor’s indebtedness does not affect the value of the property.

to Hear *Daishowa* Appeal — Back to Basics on Basis and Proceeds » (12 juillet 2012), CCH *Tax Topics* n° 2105, p. 2-3. En l’espèce, par exemple, il ressort du dossier que Tolko a estimé la valeur de la tenure forestière de la division High Level à 31 millions de dollars, moins le coût estimatif des obligations futures relatives au reboisement, soit 11 millions de dollars. La tenure forestière avait donc une valeur de 20 millions de dollars. Si la somme intégrale de 31 millions de dollars était incluse dans le produit de disposition de DMI, on ferait abstraction du fait que DMI n’avait pas un bien valant 31 millions de dollars à vendre. DMI n’aurait pu en aucun cas recevoir 31 millions de dollars pour la tenure forestière.

[32] Voilà ce qui distingue les obligations relatives au reboisement liées à une tenure forestière d’une dette hypothécaire, qui n’a aucune incidence sur la valeur du bien qu’elle grève. Par exemple, un bien d’une valeur de 31 millions de dollars grevé d’une hypothèque de 11 millions de dollars vaut toujours 31 millions de dollars, malgré la dette hypothécaire. Le vendeur d’un tel bien pourrait obtenir 31 millions de dollars pour le bien, puis rembourser la dette hypothécaire. Subsidiairement, le vendeur pourrait obtenir 20 millions de dollars et faire prendre en charge la dette hypothécaire par l’acheteur. Dans les deux cas, il est logique que le produit de disposition du vendeur soit égal au plein montant de 31 millions de dollars, puisque c’est la valeur du bien vendu.

[33] Incidemment, je signale qu’effectivement, dans certaines situations, les *conditions* d’une hypothèque peuvent avoir une incidence sur le prix de vente du bien qu’elle grève. Si, par exemple, le bien est grevé d’une hypothèque contractée à un taux d’intérêt très favorable, ce bien sera plus attrayant pour les acheteurs qui peuvent prendre en charge cette dette hypothécaire, et ces acheteurs seront disposés à payer davantage pour cette raison. Toutefois, dans une telle situation, le taux d’intérêt favorable a une valeur propre distincte pour l’acheteur qui peut prendre en charge la dette hypothécaire. Le taux d’intérêt n’a aucune incidence sur la valeur du bien. De toute façon, le ministre fait ici une analogie entre les coûts futurs du reboisement et la *dette* hypothécaire du vendeur. Comme je l’ai expliqué, la dette hypothécaire du vendeur n’a pas d’incidence sur la valeur du bien.

[34] At the oral hearing, the Minister's argument was that a forest tenure with reforestation obligations that have arisen from past harvesting differs from property that must be repaired because DMI's liability for the reforestation obligations had "crystallized" by the time of the sale. According to the Minister, the debt was "crystallized" because (1) at the time DMI sold the forest tenure, it had already incurred obligations to reforest land based on its past harvesting, and (2) it could not simply walk away from those obligations. The Minister submits that in these circumstances, DMI benefitted from the purchasers' assumption of the reforestation obligations by an amount equal to the estimated cost of the reforestation obligations.

[35] As Mr. Meghji, arguing for the Canadian Association of Petroleum Producers ("CAPP"), explained at the oral hearing, the problem with the Minister's argument is that it presupposes that the reforestation obligations are a distinct existing liability. Implicit in the argument that DMI could not simply walk away from the reforestation obligations is the proposition that the obligations were an existing indebtedness of DMI. As I have explained above, the reforestation obligations were not a distinct existing debt, like a mortgage, but were embedded in the tenure so as to be a future cost associated with ownership of the tenure.

[36] I have concluded that Alberta's regulatory scheme, which prevents a vendor from selling a forest tenure without also assigning the reforestation obligations that have arisen from past harvesting, has the effect of embedding those reforestation obligations in the tenure itself. In this appeal, CAPP submits that future obligations may be embedded in a property right absent a legal requirement that precludes a vendor from selling the property right without assigning the obligations. CAPP submits, using the example of the mining of gas and oil, that statutory obligations to reclaim mined land may be so physically connected to the process of mining itself that the obligations cannot be separated from the property right. While I need not decide that

[34] À l'audience, le ministre a plaidé qu'une tenure forestière assortie d'obligations relatives au reboisement découlant de récoltes antérieures se distingue de biens qui doivent être réparés parce que la responsabilité de DMI à l'égard des obligations relatives au reboisement s'était « cristallisée » au moment de la vente. Selon le ministre, la dette s'était « cristallisée » pour les raisons suivantes : premièrement, au moment où DMI a vendu la tenure forestière, elle avait déjà assumé des obligations de reboiser un territoire en raison de ses récoltes antérieures; deuxièmement, elle ne pouvait pas simplement se soustraire à ces obligations. Le ministre fait valoir que dans ces circonstances, DMI a profité de la prise en charge, par les acheteurs, des obligations relatives au reboisement pour une somme égale au coût estimatif de ces obligations.

[35] Comme l'a expliqué à l'audience M^e Meghji, plaidant pour l'Association canadienne des producteurs pétroliers (« ACPP »), l'argument du ministre pose un problème parce qu'il présuppose que les obligations relatives au reboisement constituent une obligation existante distincte. L'argument voulant que DMI ne pouvait pas simplement se soustraire aux obligations relatives au reboisement sous-entend que les obligations constituaient une dette existante de DMI. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, les obligations relatives au reboisement ne constituaient pas une dette existante distincte, comme une dette hypothécaire, mais étaient inhérentes à la tenure de manière à constituer un coût futur afférent à la propriété de la tenure.

[36] J'ai conclu que le régime réglementaire de l'Alberta, qui empêche une personne de vendre une tenure forestière sans transférer également les obligations relatives au reboisement qui résultent des récoltes antérieures, a pour effet d'incorporer ces obligations à la tenure elle-même. En l'espèce, l'ACPP soutient que des obligations futures peuvent être incorporées à un droit de propriété en l'absence d'une obligation juridique qui empêche une personne de vendre un droit de propriété sans transférer les obligations qui s'y rattachent. Citant l'exemple de l'extraction du gaz et du pétrole, l'ACPP affirme que les obligations légales relatives à la remise en état des terres après l'extraction peuvent être si intimement liées au processus d'extraction lui-même que les

question on the record before me, I would certainly not foreclose the possibility that obligations associated with a property right could be embedded in that property right without there being a statute, regulation or government policy that expressly restricts a vendor from selling the property right without assigning those obligations to the purchaser.

[37] In sum, the reforestation obligations imposed by Alberta law on DMI's forest tenures are embedded in those tenures and, as such, are future expenses tied to ownership of the property. They are not a liability that can be separated from the forest tenure, the assumption of which would form part of the sale price of the tenure. I would therefore reject the Minister's argument that the purchasers' assumption of the reforestation obligations had to be added to DMI's proceeds of disposition for income tax purposes.

(2) Contingent Liabilities

[38] DMI has also argued that it should not have been required to add the reforestation obligations to its proceeds of disposition because the obligations were a contingent liability.

[39] A contingent liability is "a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen": *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, at para. 17, quoting *Winter v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.), at p. 262. This Court has recognized that the contingent nature of a liability may have implications on the tax treatment of the liability. In *McLarty*, for instance, this Court recognized that, although a taxpayer generally incurs an expense when he has a legal obligation to pay a sum of money, no expense is incurred for tax purposes if the liability is contingent: paras. 14-16. In *Mandel v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 318, aff'g [1979] 1 F.C. 560, this Court affirmed the Federal Court of Appeal's determination that a taxpayer who

obligations ne peuvent être dissociées du droit de propriété. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question au vu du dossier qui nous est présenté, mais je n'écarterais certainement pas la possibilité que des obligations associées à un droit de propriété puissent être incorporées à ce droit de propriété sans qu'une loi, un règlement ou une politique administrative ne restreigne expressément la possibilité pour une personne de vendre le droit de propriété sans transférer ces obligations à l'acheteur.

[37] En somme, les obligations relatives au reboisement imposées par la loi de l'Alberta sur les tenures forestières de DMI sont inhérentes à ces tenures et constituent, de ce fait, des dépenses futures liées à la propriété du bien. Elles ne constituent pas une responsabilité dissociable de la tenure forestière, dont la prise en charge ferait partie du prix de vente de la tenure. Je rejeterais donc l'argument du ministre selon lequel la valeur des obligations relatives au reboisement prises en charge par les acheteurs devait, aux fins fiscales, être ajoutée au produit de disposition de DMI.

(2) Obligations éventuelles

[38] DMI a également plaidé qu'elle ne devrait pas être tenue d'ajouter à son produit de disposition la valeur des obligations relatives au reboisement parce que ces obligations constituaient une dette éventuelle.

[39] Une dette éventuelle est une « obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire » : *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79, par. 17, citant *Winter c. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.), p. 262. Notre Cour a reconnu que le caractère éventuel d'une dette peut avoir des incidences sur le traitement fiscal de celle-ci. Dans l'arrêt *McLarty*, par exemple, la Cour a reconnu que même si, de façon générale, un contribuable effectue une dépense lorsqu'il a l'obligation juridique de payer une somme d'argent, aucune dépense n'est effectuée aux fins fiscales si la dette est éventuelle : par. 14-16. Dans l'arrêt *Mandel c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 318, conf. [1979] 1 C.F. 560, la Cour a confirmé la conclusion de la Cour

purchases a capital asset may not include in his capital cost a liability to the vendor if the liability is contingent.

[40] However, DMI's argument that the reforestation obligations should not be included in its proceeds of disposition because they are a "contingent liability" is misplaced and appears to have caused some confusion in the courts below. The argument is problematic because, in focusing on whether the reforestation obligations are contingent or absolute, it implicitly accepts that the cost of reforestation is a liability of the vendor that is not embedded in the forest tenure and would constitute proceeds of disposition but for the contingent nature of the liability; see Frankovic, at p. 4. This implicit assumption is incorrect. As I have explained above, the cost of reforestation is not a distinct existing liability of the vendor. The assumption of the cost of reforestation would thus be excluded from proceeds of disposition independent of whether the cost is absolute or contingent. Using the example of the sale of a building in need of repair, the purchaser's assumption of the future cost of repairing the building is not part of the sale price of the building regardless of whether the purchaser is certain he will have to spend a specific amount on repairs in the future — such that the cost is absolute — or the requirement for repairs depends on some future event — such that the cost is contingent. The certainty or likelihood of the cost of repairs may, of course, affect the sale price by affecting the amount the purchaser is willing to pay for the building. It does not, however, affect whether the cost of repairs is part of the proceeds of disposition. The same is true of the reforestation obligations embedded in a forest tenure.

(3) Avoidance of Asymmetrical Tax Treatment

[41] The approach advanced by the Minister would lead to asymmetry between the vendor's

d'appel fédérale selon laquelle un contribuable qui achète un bien en immobilisation ne peut inclure dans son coût en capital une obligation envers le vendeur si l'obligation est éventuelle.

[40] Toutefois, l'argument de DMI selon lequel la valeur des obligations relatives au reboisement ne devrait pas être incluse dans son produit de disposition parce qu'il s'agit d'une « obligation éventuelle » est hors de propos et semble avoir créé une certaine confusion dans les juridictions inférieures. L'argument est problématique parce que, en mettant l'accent sur la question de savoir si les obligations relatives au reboisement sont éventuelles ou absolues, il indique implicitement que le coût du reboisement est une obligation du vendeur qui n'est pas inhérente à la tenure forestière et qui constituerait un produit de disposition, n'eût été du caractère éventuel de l'obligation; voir Frankovic, p. 4. Or, ce postulat implicite est faux. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, le coût du reboisement ne constitue pas, pour le vendeur, une obligation existante distincte. La prise en charge du coût du reboisement serait ainsi exclue du produit de disposition et ce, que le coût soit absolu ou éventuel. Si nous prenons l'exemple de la vente d'un édifice qui a besoin de réparations, la prise en charge par l'acheteur du coût futur des réparations à l'édifice ne fait pas partie du prix de vente de l'édifice, peu importe que l'acheteur soit assuré qu'il devra dépenser une somme déterminée pour des réparations dans le futur — auquel cas le coût est absolu — ou que la nécessité de réparations dépende d'un événement futur — auquel cas le coût est éventuel. Bien entendu, la certitude ou la probabilité du coût des réparations peut avoir une incidence sur le prix de vente puisqu'elle influe sur la somme que l'acheteur est disposé à payer pour l'édifice. Cependant, elle n'a pas d'incidence sur la question de savoir si le coût des réparations fait partie du produit de disposition. Il en est de même des obligations relatives au reboisement inhérentes à une tenure forestière.

(3) Éviter le traitement fiscal asymétrique

[41] La thèse soutenue par le ministre mènerait à une asymétrie entre le produit de disposition du

proceeds of disposition and the purchaser's adjusted cost base at the time a forest tenure is acquired. The Minister's position is that the purchaser's adjusted cost base upon acquiring a forest tenure does not include the estimated reforestation obligations assumed. Notwithstanding that, the Minister would have the vendor's proceeds of disposition include the amount paid to the vendor plus an additional amount for the estimated future reforestation obligations assumed by the purchaser. The effect would be to tax the vendor as if the reforestation obligations assumed by the purchaser were part of the sale price, but to tax the purchaser as if the reforestation obligations it assumed were not part of the sale price; see P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at p. 322, which explains that a taxpayer's adjusted cost base generally includes the purchase price of the property, as well as any expenses or fees associated with the acquisition of the property.

[42] Counsel for the Minister acknowledged this asymmetry at the oral hearing. Under the Minister's approach, the sale of the High Level Division to Tolko would have resulted in taxable proceeds of \$31 million for DMI (\$20 million received plus \$11 million in assumed reforestation obligations). However, Tolko's adjusted cost base would be \$20 million (just the amount paid). The Minister's asymmetrical approach means that if Tolko sold the forest tenure to a new purchaser the very next day, Tolko would be assessed taxable proceeds of \$31 million (the amount received plus the assumption of the future reforestation costs). That is, Tolko would be assessed \$11 million of taxable income, despite in no way receiving such additional income.

[43] The conclusion I have reached — that a purchaser's assumption of reforestation obligations does not form part of the vendor's proceeds of disposition — avoids this asymmetry. Although not dispositive, as Mainville J.A. recognized in his

vendeur et le coût de base rajusté de l'acheteur au moment de l'acquisition d'une tenure forestière. Selon le ministre, le coût de base rajusté de l'acheteur lorsqu'il acquiert une tenure forestière ne comprend pas les obligations estimatives relatives au reboisement que ce dernier prend en charge. Pourtant, le ministre voudrait que le produit de disposition du vendeur comprenne la somme payée au vendeur, plus une somme supplémentaire à l'égard des obligations futures estimatives relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur. Par conséquent, le vendeur serait imposé comme si les obligations relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur faisaient partie du prix de vente, alors que l'acheteur serait imposé comme si ces obligations qu'il prenait en charge n'en faisaient pas partie; voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7^e éd. 2010), p. 322 (les auteurs expliquent que le coût de base rajusté d'un contribuable comprend généralement le prix d'achat du bien, ainsi que les frais ou honoraires liés à l'acquisition du bien).

[42] Les avocats du ministre ont reconnu cette asymétrie à l'audience. Selon l'approche préconisée par le ministre, la vente de la division High Level à Tolko aurait donné lieu pour DMI à un produit de disposition imposable de 31 millions de dollars (les 20 millions de dollars reçus, plus 11 millions de dollars au titre des obligations relatives au reboisement prises en charge). Toutefois, le coût de base rajusté de Tolko aurait été de 20 millions de dollars (la somme payée seulement). En vertu de l'approche asymétrique que propose le ministre, si Tolko vendait la tenure forestière à un nouvel acheteur dès le lendemain, elle serait imposée sur un produit de disposition imposable de 31 millions de dollars (la somme reçue, plus la prise en charge des coûts futurs du reboisement). Autrement dit, Tolko serait imposée sur 11 millions de dollars de revenu imposable, même si elle n'a d'aucune façon reçu ce revenu supplémentaire.

[43] La conclusion à laquelle j'arrive — que la valeur des obligations relatives au reboisement prises en charge par l'acheteur ne fait pas partie du produit de disposition du vendeur — permet d'éviter cette asymétrie. Même si cette interprétation de

dissent, an interpretation of the Act that promotes symmetry and fairness through a harmonious taxation scheme is to be preferred over an interpretation which promotes neither value.

B. *Whether it Makes Any Difference That the Contracting Parties Agreed to a Specific Amount of the Future Reforestation Obligations*

[44] The Minister reassessed DMI with respect to the Tolko sale using the \$11 million estimated cost of the reforestation obligations included in the sale agreement and reassessed DMI with respect to the Seehta sale using DMI's internal accounting estimates. The trial judge's determination of DMI's tax liability relied upon both of those estimates. According to the majority of the Court of Appeal, whether reforestation costs should be included in proceeds of disposition turns on whether the contracting parties agreed to an estimated future cost. It thus upheld the Minister's reassessment in the Tolko sale, but remitted the matter to the trial judge to determine whether there was an agreement as to the cost in the Seehta sale.

[45] In accordance with the analysis above, DMI's proceeds of disposition do not depend on whether the contracting parties agreed to a specific estimate of the cost of those obligations in their sale agreement. Any amount that the parties assigned to the reforestation obligations in the sale agreement was simply a factor in determining the fair market value of the forest tenures: I. J. Gamble, *Taxation of Canadian Mining* (2004), c. 6.6.2, at pp. 6-14 to 6-15.

[46] It is also irrelevant that DMI estimated the cost of future reforestation to compute its income for accounting purposes. Although commercial

la Loi n'est pas déterminante, comme l'a reconnu le juge Mainville dans ses motifs dissidents, il faut privilégier une interprétation qui favorise la symétrie et l'équité assurée par un régime d'imposition harmonieux à une interprétation qui ne prône aucune de ces valeurs.

B. *Le fait que les parties contractantes soient convenues d'une valeur précise attribuée aux obligations futures relatives au reboisement change-t-il quelque chose?*

[44] Le ministre a établi la nouvelle cotisation de DMI à l'égard de la vente à Tolko en utilisant le coût estimatif de 11 millions de dollars des obligations relatives au reboisement stipulé dans le contrat de vente, et il a utilisé les estimations comptables internes de DMI pour établir la nouvelle cotisation de cette dernière à l'égard de la vente à Seehta. Pour déterminer l'obligation fiscale de DMI, le juge de première instance s'est appuyé sur ces deux estimations. Selon les juges majoritaires de la cour d'appel, pour répondre à la question de savoir si les coûts du reboisement doivent être inclus dans le produit de disposition, il faut se demander si les parties contractantes sont convenues d'un coût futur estimatif. Ils ont donc confirmé la nouvelle cotisation du ministre à l'égard de la vente à Tolko, mais dans le cas de la vente à Seehta, ils ont renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il détermine si les parties s'étaient entendues sur le coût.

[45] Conformément à l'analyse qui précède, le produit de disposition de DMI ne dépend pas de la question de savoir si les parties contractantes sont convenues d'un coût estimatif précis de ces obligations dans leur contrat de vente. Toute somme que les parties ont attribuée aux obligations relatives au reboisement dans le contrat de vente constituait simplement un facteur servant à déterminer la juste valeur marchande des tenures forestières : I. J. Gamble, *Taxation of Canadian Mining* (2004), ch. 6.6.2, p. 6-14 à 6-15.

[46] Il est également sans importance que DMI ait estimé le coût du reboisement futur pour calculer son revenu à des fins comptables. Même si

and accounting principles allowed DMI to deduct reforestation obligations on a yearly basis and add back to income the deducted amounts at the time of the sale to provide a more accurate picture of its profit from year to year, as I have explained above, the *Income Tax Act* does not permit that approach; see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9th ed. 2006), at pp. 171-72. This Court has recognized the distinct purposes of financial accounting and income tax calculation: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 36. It would thus be an error to simply include DMI's accounting estimates in its proceeds of disposition.

VI. Conclusion

[47] DMI was not required to include in its taxable proceeds of disposition an amount reflecting the future reforestation costs assumed by Tolko and Seehta.

[48] The appeal is allowed with costs throughout to DMI and the matter is remitted to the Minister for reassessment in accordance with these reasons.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Wilson & Partners, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener Her Majesty The Queen in Right of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the interveners Tolko Industries Ltd., International Forest Products Ltd., West Fraser Timber Co. Ltd. and the Canfor Corporation: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

des principes commerciaux et comptables permettaient à DMI de déduire chaque année le coût des obligations relatives au reboisement et de rajouter au revenu les sommes déduites au moment de la vente afin d'offrir une image plus fidèle de son bénéfice d'une année à l'autre, comme je l'ai expliqué ci-dessus, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet pas cette façon de faire; voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9^e éd. 2006), p. 171-172. Notre Cour a reconnu les fins distinctes de la comptabilité générale et du calcul de l'impôt sur le revenu : *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 36. Il serait donc erroné de simplement inclure les estimations comptables de DMI dans son produit de disposition.

VI. Conclusion

[47] DMI n'était pas tenue d'inclure dans son produit de disposition imposable une somme correspondant aux coûts futurs du reboisement pris en charge par Tolko et Seehta.

[48] Le pourvoi est accueilli avec dépens en faveur de DMI devant toutes les cours et l'affaire est renvoyée au ministre pour l'établissement de nouvelles cotisations conformément aux présents motifs.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : Wilson & Partners, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Tolko Industries Ltd., International Forest Products Ltd., West Fraser Timber Co. Ltd. et Canfor Corporation : Thorsteinssons, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

**Eric Victor Cojocaru, an infant by his
Guardian Ad Litem, Monica Cojocaru,
and Monica Cojocaru** *Appellants/
Respondents on cross-appeal*

v.

**British Columbia Women's Hospital
and Health Centre
and F. Bellini** *Respondents/Appellants
on cross-appeal*

and

**Dale R. Steele, Jenise Yue
and Fawaz Edris** *Respondents*

- and -

**Eric Victor Cojocaru, an infant by his
Guardian Ad Litem, Monica Cojocaru,
and Monica Cojocaru** *Appellants/
Respondents on cross-appeal*

v.

**Dale R. Steele, Jenise Yue
and Fawaz Edris** *Respondents*

and

**British Columbia Women's Hospital
and Health Centre
and F. Bellini** *Respondents/Appellants
on cross-appeal*

and

**Attorney General of Ontario, Trial Lawyers
Association of British Columbia and
Canadian Bar Association** *Intervenors*

**Eric Victor Cojocaru, un mineur
représenté par sa tutrice à l'instance,
Monica Cojocaru,
et Monica Cojocaru** *Appellants/intimés
au pourvoi incident*

c.

**British Columbia Women's Hospital
and Health Centre et F. Bellini** *Intimés/
appelants au pourvoi incident*

et

**Dale R. Steele, Jenise Yue
et Fawaz Edris** *Intimés*

- et -

**Eric Victor Cojocaru, un mineur
représenté par sa tutrice à l'instance,
Monica Cojocaru, et
Monica Cojocaru** *Appellants/intimés
au pourvoi incident*

c.

**Dale R. Steele, Jenise Yue
et Fawaz Edris** *Intimés*

et

**British Columbia Women's Hospital
and Health Centre
et F. Bellini** *Intimés/appelants au
pourvoi incident*

et

**Procureur général de l'Ontario, Trial Lawyers
Association of British Columbia et
Association du Barreau canadien** *Intervenants*

**INDEXED AS: COJOCARU v. BRITISH COLUMBIA
WOMEN'S HOSPITAL AND HEALTH CENTRE**

2013 SCC 30

File No.: 34304.

2012: November 13; 2013: May 24.

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

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

Torts — Negligence — Causation — Health law — Consent to care — Failure to inform — Plaintiffs alleging defendants were negligent in failing to obtain informed consent to vaginal birth after caesarean section or to prostaglandin induction and in failing to attend to plaintiff — Plaintiffs alleging lack of proper care resulted in ruptured uterus and son born with brain damage — Whether trial judge's conclusion on liability of various defendants disclose palpable errors of fact or legal errors and should be set aside.

Judgments and orders — Reasons — Trial judge delivering reasons for judgment consisting of reproduction of plaintiffs' written submissions — Whether trial judge's decision should be set aside because reasons for judgment incorporated large portions of material prepared by others.

Eric Victor Cojocaru, the son of Monica Cojocaru, suffered brain damage during his birth at the British Columbia Women's Hospital and Health Centre. Ms. Cojocaru had previously given birth to a child by caesarean section performed in Romania. On the recommendation of Dr. Yue, Ms. Cojocaru's prenatal care obstetrician, Ms. Cojocaru attempted to deliver Eric by "vaginal birth after caesarean section" or "VBAC". On the day in question, Ms. Cojocaru's labour was induced at the Hospital by Dr. Edris, an obstetrical resident, with prostaglandin gel. Ms. Cojocaru was under the care of the on-call obstetrician, Dr. Steele. As Ms. Cojocaru was a high-risk patient, she remained at the Hospital and was attended to by Nurses Verwoerd and Bellini. During her labour later in the day, Ms. Cojocaru experienced a uterine rupture, which restricted Eric's oxygen supply. It was accepted that the scar from the previous caesarean section was implicated in the rupture. An emergency

**RÉPERTORIÉ : COJOCARU c. BRITISH COLUMBIA
WOMEN'S HOSPITAL AND HEALTH CENTRE**

2013 CSC 30

N° du greffe : 34304.

2012 : 13 novembre; 2013 : 24 mai.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Lien de causalité — Droit de la santé — Consentement à des soins — Défaut d'informer — Demandeurs alléguant la négligence des défendeurs pour ne pas avoir obtenu le consentement éclairé à un accouchement vaginal après césarienne ou au déclenchement du travail avec de la prostaglandine et pour ne pas s'être occupés de la demanderesse — Demandeurs alléguant que le manque de soins adéquats a causé une rupture utérine et des dommages cérébraux au nouveau-né — La conclusion du juge de première instance sur la responsabilité des différents défendeurs doit-elle être annulée en raison d'erreurs de fait manifestes ou d'erreurs de droit?

Jugements et ordonnances — Motifs — Motifs du juge de première instance composés d'extraits des prétentions écrites des demandeurs — La décision du juge de première instance doit-elle être annulée parce que ses motifs incorporent de larges extraits de documents préparés par d'autres?

Eric Victor Cojocaru, le fils de Monica Cojocaru, a subi des lésions cérébrales à sa naissance au British Columbia Women's Hospital and Health Centre. M^{me} Cojocaru avait précédemment donné naissance à un enfant par césarienne en Roumanie. Sur recommandation de la D^{re} Yue, l'obstétricienne qui l'a suivie pendant sa grossesse, M^{me} Cojocaru a tenté de donner naissance à Eric par « accouchement vaginal après césarienne » ou « AVAC ». Le jour des événements, le D^r Edris, résident en obstétrique, a provoqué le travail de M^{me} Cojocaru en utilisant un gel de prostaglandine. C'est l'obstétricien de garde, le D^r Steele, qui avait la charge de M^{me} Cojocaru. M^{me} Cojocaru étant une patiente à haut risque, elle est demeurée à l'hôpital, sous les soins des infirmières Verwoerd et Bellini. Plus tard ce jour-là, au cours du travail, M^{me} Cojocaru a subi une rupture utérine entraînant une réduction de l'apport en oxygène pour Eric. Les parties ont accepté que la cicatrice de la césarienne

caesarean section was then performed. Eric suffered brain damage, which has given rise to cerebral palsy. Eric and his mother brought an action in negligence against the Hospital, the attending Nurses Bellini, MacQueen and Verwoerd and Drs. Steele, Yue and Edris.

At trial, the Hospital, Nurse Bellini and the three doctors were found liable in negligence and damages were awarded to the plaintiffs in the amount of \$4 million. The trial judge's reasons reproduced large portions of the submissions of the plaintiffs. However, the trial judge did not accept all the submissions of the plaintiffs, discussed a number of issues and stated his final conclusions in his own words. The majority of the Court of Appeal held that the trial judge's decision should be set aside because of the extensive copying from the plaintiffs' submissions and ordered a new trial. The dissenting justice did not set aside the judgment because of the copying, but reviewed the case on its merits, and determined that the actions against Dr. Steele, Dr. Edris, the Hospital and Nurse Bellini should be dismissed. He indicated that he would have also reduced the damage award against the remaining defendant, Dr. Yue. The plaintiffs appealed the order of a new trial. The Hospital and Nurse Bellini cross-appealed asking that the issue of liability and damages be resolved by the Court, rather than sending the matter back for a new trial.

Held: The appeal and the cross-appeal should be allowed.

As a general rule, it is good judicial practice for a judge to set out the contending positions of the parties on the facts and the law, and explain in his or her own words her conclusions on the facts and the law. However, including the material of others is not prohibited. Judicial copying is a long-standing and accepted practice, although if carried to excess, may raise problems. If the incorporation of the material of others is evidence that would lead a reasonable person to conclude, taking into account all relevant circumstances, that the decision-making process was fundamentally unfair, in the sense that the judge did not put his or her mind to the facts, the argument and the issues, and decide them impartially and independently, the judgment can be set aside.

antérieure a joué un rôle dans la rupture utérine. Une césarienne d'urgence a alors été pratiquée. Eric a subi des lésions cérébrales, en raison desquelles il souffre de paralysie cérébrale. Eric et sa mère ont intenté une action pour négligence contre l'hôpital, les infirmières traitantes Bellini, MacQueen et Verwoerd, et les D^{rs} Steele, Yue et Edris.

Le juge de première instance a conclu que l'hôpital, l'infirmière Bellini et trois médecins étaient responsables de négligence et a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts de quatre millions de dollars. Dans ses motifs, le juge de première instance a reproduit de larges extraits des prétentions des demandeurs. Toutefois, il ne les a pas toutes retenues, il a analysé certaines questions en litige et a énoncé ses conclusions finales dans ses propres mots. La Cour d'appel a statué à la majorité que la décision du juge de première instance devait être annulée en raison de la reproduction de larges extraits des prétentions des demandeurs et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge dissident n'aurait pas annulé le jugement pour cause de reproduction, mais il a examiné l'affaire au fond et a statué que les actions contre le D^r Steele, le D^r Edris, l'hôpital et l'infirmière Bellini devaient être rejetées. Il aurait en outre réduit le montant des dommages-intérêts payables par la défenderesse restante, la D^{re} Yue. Les demandeurs ont interjeté appel concernant la tenue d'un nouveau procès. L'hôpital et l'infirmière Bellini ont formé un appel incident et demandé à la Cour de trancher les questions de la responsabilité et des dommages-intérêts, plutôt que de les renvoyer pour examen dans le cadre d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis.

En règle générale, il est de bon usage pour le juge d'énoncer les arguments opposés des parties sur les faits et le droit et d'expliquer dans ses propres mots ses conclusions sur les faits et le droit. Il ne lui est toutefois pas interdit d'inclure des extraits d'autres sources. La reproduction d'autres textes dans les motifs de jugement est une pratique acceptée et appliquée depuis longtemps, mais qui, utilisée de manière excessive, peut poser problème. Dans le cas où l'incorporation d'extraits d'autres sources constitue une preuve qui amènerait une personne raisonnable à conclure, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, que le processus décisionnel était fondamentalement inéquitable, en ce sens que le juge n'a pas porté son attention sur les faits, les arguments et les questions en litige et que sa décision à leur égard n'a pas été rendue de façon impartiale et indépendante, le jugement peut être annulé.

A complaint that a judge's decision should be set aside because the reasons for judgment incorporate materials from other sources is essentially a procedural complaint. Judicial decisions benefit from a presumption of integrity and impartiality — a presumption that the judge has done her job as she is sworn to do. The party seeking to set aside a judicial decision because the judge's reasons incorporated the material of others bears the burden of showing that the presumption is rebutted. The threshold for rebutting the presumption of judicial integrity and impartiality is high, and it requires cogent evidence. The question is whether the evidence presented by the party challenging the judgment convinces the reviewing court that a reasonable person would conclude that the judge did not perform her sworn duty to review and consider the evidence with an open mind.

The fact that a judge attributes copied material to the author tells us nothing about whether she put her mind to the issues addressed in that copying. Nor is lack of originality alone a flaw in judgment writing; on the contrary, it is part and parcel of the judicial process. To set aside a judgment for failure to attribute sources or for lack of originality alone would be to misunderstand the nature of the judge's task and the time-honoured traditions of judgment writing. The concern about copying in the judicial context is not that the judge is taking credit for someone else's prose, but rather that it may be evidence that the reasons for judgment do not reflect the judge's thinking. Extensive copying and failure to attribute outside sources are in most situations practices to be discouraged. But lack of originality and failure to attribute sources do not in themselves rebut the presumption of judicial impartiality and integrity. This occurs only if the copying is of such a character that a reasonable person apprised of the circumstances would conclude that the judge did not put her mind to the evidence and the issues and did not render an impartial, independent decision.

Here, taking full account of the complexity of the case, and accepting that it would have been preferable for the trial judge to discuss the facts and issues in his own words, it cannot be concluded that the trial judge failed to consider the issues and make an independent decision on them. The presumption of judicial integrity and impartiality has not been displaced. On the contrary, the reasons demonstrate that the trial judge addressed his mind to the issues he had to decide. The fact that he rejected some

Un recours fondé sur la prétention qu'une décision devrait être annulée parce que les motifs du jugement incorporent des extraits d'autres sources est essentiellement de nature procédurale. Les décisions judiciaires bénéficient d'une présomption d'intégrité et d'impartialité — le juge est présumé avoir honoré son serment en accomplissant sa tâche. La partie qui demande l'annulation d'une décision parce que les motifs du juge incorporent des extraits d'autres textes doit démontrer que cette présomption est réfutée. La norme à laquelle il faut satisfaire pour réfuter la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires est exigeante et requiert une preuve convaincante. La question est de savoir si la preuve présentée par la partie qui conteste le jugement convainc le tribunal siégeant en révision qu'une personne raisonnable conclurait que le juge n'a pas honoré son serment d'examiner et de considérer la preuve avec un esprit ouvert.

Le fait que le juge attribue un extrait à son auteur ne révèle aucunement s'il a porté son attention sur les questions traitées dans cet extrait. Le fait que les motifs ne soient pas en totalité un produit original ne constitue pas non plus une lacune dans la rédaction du jugement; cela fait au contraire partie intégrante du processus judiciaire. Annuler un jugement parce que le juge n'a pas mentionné ses sources ou n'a pas produit un texte original, sans plus, serait mal comprendre la nature de sa tâche et les traditions consacrées de la rédaction de motifs. Si la reproduction dans le contexte judiciaire pose problème, ce n'est pas que le juge s'approprie le texte de quelqu'un d'autre, mais plutôt que la reproduction peut démontrer que les motifs du jugement ne reflètent pas sa pensée. La reproduction de larges extraits et l'omission d'en mentionner les sources constituent dans la plupart des cas des pratiques déconseillées. Mais le défaut de produire un texte original et le défaut de mentionner les sources des textes reproduits, sans plus, ne réfutent pas la présomption d'impartialité et d'intégrité judiciaires. La présomption est réfutée uniquement si la reproduction est telle qu'une personne raisonnable, informée des circonstances, conclurait que le juge n'a pas porté son attention sur la preuve et les questions en litige et n'a pas rendu une décision impartiale et indépendante.

En l'espèce, en tenant pleinement compte de la complexité de l'affaire et en acceptant qu'il aurait été préférable que le juge de première instance analyse les faits et les questions en litige dans ses propres mots, on ne peut conclure qu'il n'a pas examiné les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon indépendante. La présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires n'a pas été réfutée. Au contraire, les motifs démontrent que le juge de première instance a porté son attention sur les

of the plaintiffs' key submissions demonstrates that he considered the issues independently and impartially. The absence in the reasons of an analysis of causation, and the alleged errors the reasons contain, go not to procedural unfairness, but to the substance of the reasons — whether the trial judge, having made his own decision, erred in law or made palpable and overriding errors of fact. The judgment should not be set aside on the ground that the trial judge incorporated large parts of the plaintiffs' submissions in his reasons.

This said, aspects of the reasons disclose palpable and overriding error and must be set aside. No causal connection was established between the injury and Dr. Yue's alleged negligence in failing to verify the orientation of the previous caesarean scar before recommending VBAC. The finding of liability against Dr. Yue for recommending VBAC should thus be set aside. However, the evidence in this case supports the trial judge's finding of liability against Dr. Yue for failing to obtain Ms. Cojocaru's informed consent to VBAC and should therefore be affirmed. Dr. Yue failed to adequately inform Ms. Cojocaru of the risks of VBAC. There is however no evidence to support a causal relationship between the induction and the harm suffered and therefore, the finding of liability against Dr. Yue for failure to obtain Ms. Cojocaru's informed consent to induction of the birth cannot be sustained. The trial judge's findings on damages were supported by the evidence and disclose no palpable and overriding error that would justify appellate intervention.

Dr. Edris cannot be held liable for inducing labour without ascertaining the orientation of Ms. Cojocaru's uterine scar because there was no causal connection between this alleged negligence and the injury. The evidence also failed to establish a causal link between Dr. Steele's actions and the injury. Lastly, even if Nurse Bellini had observed and reacted to the signs of uterine rupture earlier, as the trial judge said she should have done, the child could not have been delivered in time to avoid permanent brain damage because no operating room staffed with an anaesthetist was available in time. Therefore, the trial judge's findings of liability against Nurse Bellini, the Hospital, Dr. Steele and Dr. Edris must be set aside.

questions qu'il devait trancher. Le fait qu'il a rejeté certaines des prétentions clés des demandeurs démontre qu'il a examiné les questions en litige de façon indépendante et impartiale. L'absence dans les motifs d'une analyse du lien de causalité et les prétendues erreurs qu'ils comportent ne concernent pas le caractère équitable de la procédure, mais le fond des motifs — soit la question de savoir si le juge de première instance, ayant rendu sa propre décision, a commis une erreur de droit ou a commis des erreurs de fait manifestes et dominantes. Sa décision ne doit pas être annulée pour cause de reproduction de larges extraits des prétentions des demandeurs dans ses motifs.

Cela dit, certains aspects des motifs présentent une erreur manifeste et dominante et doivent être annulés. Aucun lien de causalité n'a été établi entre le préjudice et la prétendue négligence de la D^{re} Yue pour ne pas avoir vérifié l'orientation de la cicatrice de la césarienne antérieure avant de recommander un AVAC. La conclusion que la D^{re} Yue est responsable pour avoir recommandé un AVAC doit donc être infirmée. Toutefois, la conclusion de responsabilité tirée par le juge de première instance contre la D^{re} Yue pour ne pas avoir obtenu le consentement éclairé de M^{me} Cojocaru à l'AVAC est étayée par la preuve et doit être confirmée. La D^{re} Yue n'a pas informé correctement M^{me} Cojocaru des risques d'un AVAC. Aucune preuve n'étaye cependant une relation de cause à effet entre le déclenchement et le préjudice subi, de sorte que la conclusion de responsabilité tirée contre la D^{re} Yue pour son défaut d'obtenir le consentement éclairé de M^{me} Cojocaru au déclenchement ne peut être confirmée. Les conclusions du juge de première instance sur les dommages-intérêts étaient étayées par la preuve et ne présentent aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une intervention en appel.

Le D^r Edris ne peut être tenu responsable pour avoir déclenché le travail sans vérifier l'orientation de la cicatrice utérine de M^{me} Cojocaru, parce qu'il n'existait aucun lien de causalité entre cette prétendue négligence et le préjudice subi. La preuve n'établissait non plus aucun lien de causalité entre les actes du D^r Steele et le préjudice. Enfin, même si l'infirmière Bellini avait remarqué les signes de rupture utérine et avait agi en conséquence plus tôt, comme elle aurait dû le faire selon le juge de première instance, l'enfant n'aurait pas pu naître à temps pour éviter les lésions cérébrales permanentes, puisqu'aucune salle d'opération dotée d'un anesthésiste n'a été disponible à temps. Par conséquent, les conclusions de responsabilité tirée par le juge de première instance contre l'infirmière Bellini, l'hôpital, le D^r Steele et le D^r Edris doivent être annulées.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *English v. Emery Reimbold & Strick Ltd.*, [2002] EWCA Civ 605, [2002] 3 All E.R. 385; *Meadowstone (Derbyshire) Ltd. v. Kirk*, 2006 WL 690588; *Shin v. Kung*, [2004] HKCA 205 (HKLII); *James v. Surf Road Nominees Pty. Ltd.*, [2004] NSWCA 475 (AustLII); *Fletcher Construction Australia Ltd. v. Lines MacFarlane & Marshall Pty. Ltd. (No. 2)*, [2002] VSCA 189, [2002] 6 V.R. 1; *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964); *United States v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974); *Sorger v. Bank of Nova Scotia* (1998), 39 O.R. (3d) 1; *R. v. Gaudet* (1998), 40 O.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Ni-Met Resources Inc.* (2005), 74 O.R. (3d) 641; 2878852 *Canada Inc. v. Jones Heward Investment Counsel Inc.*, 2007 ONCA 14 (CanLII); *R. v. Dastous* (2004), 181 O.A.C. 398; *R. v. Kendall* (2005), 75 O.R. (3d) 565, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. x; *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 212, 392 N.R. 71.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

Silverman, Gregory M. "Rise of the Machines: Justice Information Systems and the Question of Public Access to Court Records over the Internet" (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 175.
Stern, Simon. "Copyright Originality and Judicial Originality" (2013), 63 *U.T.L.J.* 1.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Smith and Kirkpatrick JJ.A.), 2011 BCCA 192, 17 B.C.L.R. (5th) 253, 303 B.C.A.C. 278, 512 W.A.C. 278, 44 Admin. L.R. (5th) 231, 81 C.C.L.T. (3d) 183, [2011] 7 W.W.R. 82, [2011] B.C.J. No. 680 (QL), 2011 CarswellBC 886, setting aside a decision of Groves J., 2009 BCSC 494, 65 C.C.L.T. (3d) 75, [2009] B.C.J. No. 731 (QL), 2009 CarswellBC 917. Appeal and cross-appeal allowed.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *English c. Emery Reimbold & Strick Ltd.*, [2002] EWCA Civ 605, [2002] 3 All E.R. 385; *Meadowstone (Derbyshire) Ltd. c. Kirk*, 2006 WL 690588; *Shin c. Kung*, [2004] HKCA 205 (HKLII); *James c. Surf Road Nominees Pty. Ltd.*, [2004] NSWCA 475 (AustLII); *Fletcher Construction Australia Ltd. c. Lines MacFarlane & Marshall Pty. Ltd. (No. 2)*, [2002] VSCA 189, [2002] 6 V.R. 1; *United States c. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964); *United States c. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974); *Sorger c. Bank of Nova Scotia* (1998), 39 O.R. (3d) 1; *R. c. Gaudet* (1998), 40 O.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) c. Ni-Met Resources Inc.* (2005), 74 O.R. (3d) 641; 2878852 *Canada Inc. c. Jones Heward Investment Counsel Inc.*, 2007 ONCA 14 (CanLII); *R. c. Dastous* (2004), 181 O.A.C. 398; *R. c. Kendall* (2005), 75 O.R. (3d) 565, autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. x; *Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 212 (CanLII).

Lois et règlements cités

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

Doctrine et autres documents cités

Silverman, Gregory M. « Rise of the Machines : Justice Information Systems and the Question of Public Access to Court Records over the Internet » (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 175.
Stern, Simon. « Copyright Originality and Judicial Originality » (2013), 63 *U.T.L.J.* 1.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Smith et Kirkpatrick), 2011 BCCA 192, 17 B.C.L.R. (5th) 253, 303 B.C.A.C. 278, 512 W.A.C. 278, 44 Admin. L.R. (5th) 231, 81 C.C.L.T. (3d) 183, [2011] 7 W.W.R. 82, [2011] B.C.J. No. 680 (QL), 2011 CarswellBC 886, qui a annulé la décision du juge Groves, 2009 BCSC 494, 65 C.C.L.T. (3d) 75, [2009] B.C.J. No. 731 (QL), 2009 CarswellBC 917. Pourvoi et pourvoi incident accueillis.

Paul McGivern, Dan Shugarman, Ann Howell and Marie-France Major, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Catherine L. Woods, Q.C., and Adam Howden-Duke, for the respondents/appellants on cross-appeal the British Columbia Women's Hospital and Health Centre and F. Bellini.

James M. Lepp, Q.C., Mandeep K. Gill and Daniel J. Reid, for the respondents Dale R. Steele, Jenise Yue and Fawaz Edris.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General of Ontario.

George K. Macintosh, Q.C., and Tim Dickson, for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

Mahmud Jamal and Raphael Eghan, for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The main question on this appeal is whether a trial judge's decision should be set aside because his reasons for judgment incorporated large portions of the plaintiffs' submissions. For the reasons that follow, I conclude that while it is desirable that judges express their conclusions in their own words, incorporating substantial amounts of material from submissions or other legal sources into reasons for judgment does not without more permit the decision to be set aside. Only if the incorporation is such that a reasonable person would conclude that the judge did not put her mind to the issues and decide them independently and impartially as she was sworn to do, can the judgment be set aside.

Paul McGivern, Dan Shugarman, Ann Howell et Marie-France Major, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Catherine L. Woods, c.r., et Adam Howden-Duke, pour les intimés/appelants au pourvoi incident British Columbia Women's Hospital and Health Centre et F. Bellini.

James M. Lepp, c.r., Mandeep K. Gill et Daniel J. Reid, pour les intimés Dale R. Steele, Jenise Yue et Fawaz Edris.

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

George K. Macintosh, c.r., et Tim Dickson, pour l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia.

Mahmud Jamal et Raphael Eghan, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La principale question soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si la décision du juge de première instance devrait être annulée parce qu'il a incorporé dans ses motifs de larges extraits des prétentions des demandeurs. Pour les motifs qui suivent, je conclus que, bien qu'il soit préférable qu'un juge exprime ses conclusions dans ses propres mots, l'incorporation d'importants extraits des prétentions des parties ou d'autres sources juridiques dans ses motifs de jugement ne justifie pas à elle seule l'annulation de sa décision. Le jugement ne peut être annulé que si l'incorporation est telle qu'une personne raisonnable conclurait que le juge n'a pas porté son attention sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon indépendante et impartiale, comme il s'y est engagé en prêtant serment.

[2] This result, as we shall see, is consistent with longstanding practice in Canada and abroad. Yet, as the disagreement in the courts below and the arguments before us make clear, the jurisprudential framework and the governing principles involved are far from clear. This suggests the need to look carefully at the nature and function of reasons for judgment and the long tradition of judicial copying.

[3] Applying the principles discussed below, I conclude that the incorporation of large portions of the plaintiffs' submissions in the reasons in this case does not justify overturning the trial judge's decision. The presumption of judicial integrity and impartiality has not been displaced. On the contrary, the reasons demonstrate that the trial judge addressed his mind to the issues he had to decide. This said, aspects of the reasons disclose palpable and overriding error and must be set aside. In the result, I would allow the appeal, but vary the trial judgment.

II. Statement of Facts

[4] Eric Victor Cojocaru, the son of Monica Cojocaru, suffered brain damage during his birth at the British Columbia Women's Hospital and Health Centre ("Hospital"). Ms. Cojocaru had previously given birth to a child by caesarean section performed in Romania. On the recommendation of Dr. Yue, Ms. Cojocaru's prenatal care obstetrician, Ms. Cojocaru attempted to deliver Eric by "vaginal birth after caesarean section" or "VBAC". Ms. Cojocaru's labour was induced by Dr. Edris, an obstetrical resident, with prostaglandin gel at the Hospital in the morning of May 21, 2001. May 21 was a holiday, and Dr. Yue's patients — including Ms. Cojocaru — were under the care of the on-call obstetrician for that day, Dr. Steele. As Ms. Cojocaru was a high-risk patient, she remained at the Hospital during the day. In the afternoon, she was attended to by Nurses Verwoerd and Bellini. During her labour later that day, Ms. Cojocaru

[2] Cette conclusion, comme nous le verrons, est conforme à une pratique établie depuis longtemps au Canada et à l'étranger. Par contre, comme le démontrent clairement le désaccord au sein des tribunaux d'instance inférieure et les arguments qui nous ont été soumis, le cadre jurisprudentiel et les principes applicables en la matière sont loin d'être clairs. Il semble donc nécessaire d'examiner attentivement la nature et la fonction des motifs de jugement, ainsi que la longue tradition consistant à reproduire des extraits d'autres textes dans les jugements.

[3] En appliquant les principes étudiés plus loin, je conclus que l'incorporation de larges extraits des prétentions des demandeurs dans les motifs en l'espèce ne justifie pas l'annulation de la décision du juge de première instance. La présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires n'a pas été réfutée. Au contraire, les motifs démontrent que le juge de première instance a porté son attention sur les questions qu'il devait trancher. Cela dit, certains aspects des motifs présentent une erreur manifeste et dominante et doivent être annulés. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, tout en modifiant le jugement de première instance.

II. Exposé des faits

[4] Eric Victor Cojocaru, le fils de Monica Cojocaru, a subi des lésions cérébrales à sa naissance au British Columbia Women's Hospital and Health Centre (« l'hôpital »). M^{me} Cojocaru avait précédemment donné naissance à un enfant par césarienne en Roumanie. Sur recommandation de la D^{re} Yue, l'obstétricienne qui l'a suivie pendant sa grossesse, M^{me} Cojocaru a tenté de donner naissance à Eric par « accouchement vaginal après césarienne » ou « AVAC ». À l'hôpital, le matin du 21 mai 2001, le D^r Edris, résident en obstétrique, a provoqué le travail de M^{me} Cojocaru en utilisant un gel de prostaglandine. Le 21 mai était un jour férié et c'est l'obstétricien de garde cette journée-là, le D^r Steele, qui avait la charge des patientes de la D^{re} Yue — y compris M^{me} Cojocaru. Comme M^{me} Cojocaru était une patiente à haut risque, elle est demeurée à l'hôpital pendant la journée. Dans l'après-midi, ce sont les infirmières Verwoerd et

experienced a uterine rupture, which restricted Eric's oxygen supply. The parties have accepted that the scar from the previous caesarean section was implicated in the rupture. An emergency caesarean section was then performed. Eric suffered brain damage, which has given rise to cerebral palsy.

[5] Eric and his mother brought an action in negligence against the Hospital; attending Nurses Bellini, MacQueen and Verwoerd; and Drs. Dale R. Steele, Jenise Yue and Fawaz Edris.

III. Judgments

[6] The trial judge found the Hospital, Nurse Bellini and three doctors liable in negligence and awarded damages to the plaintiffs in the amount of \$4 million (2009 BCSC 494, 65 C.C.L.T. (3d) 75). The trial judge's reasons reproduced large portions of the submissions of the plaintiffs. However, he did not accept all the submissions of the plaintiffs, discussed a number of issues and stated his final conclusions in his own words. He dismissed the claims against Nurse MacQueen and Nurse Verwoerd, and varied the quantum of damages from that suggested by the plaintiffs.

[7] The majority of the Court of Appeal, Levine and Kirkpatrick J.J.A., held that the trial judge's decision should be set aside and a new trial ordered. The "form of the reasons, substantially a recitation of the [plaintiffs'] submissions" constituted cogent evidence displacing the presumption of judicial integrity and impartiality (2011 BCCA 192, 17 B.C.L.R. (5th) 253, at para. 127). The majority of the Court of Appeal also found that the reasons failed to fulfill the functions of advising the parties and the public of the reasons for his decision and of providing a basis for appellate review.

Bellini qui se sont occupées d'elle. Plus tard ce jour-là, M^{me} Cojocaru, qui était toujours en travail, a subi une rupture de l'utérus entraînant une réduction de l'apport en oxygène pour Eric. Les parties ont accepté que la cicatrice de la césarienne antérieure a joué un rôle dans la rupture de l'utérus. Une césarienne d'urgence a alors été pratiquée. Eric a subi des lésions cérébrales, en raison desquelles il souffre de paralysie cérébrale.

[5] Eric et sa mère ont intenté une action pour négligence contre l'hôpital; les infirmières traitantes Bellini, MacQueen et Verwoerd; et les D^{rs} Dale R. Steele, Jenise Yue et Fawaz Edris.

III. Jugements

[6] Le juge de première instance a conclu que l'hôpital, l'infirmière Bellini et trois médecins étaient responsables de négligence et a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts de quatre millions de dollars (2009 BCSC 494, 65 C.C.L.T. (3d) 75). Dans ses motifs, le juge de première instance a reproduit de larges extraits des prétentions des demandeurs. Toutefois, il n'a pas retenu toutes les prétentions des demandeurs, il a analysé un certain nombre de questions en litige et a énoncé ses conclusions finales dans ses propres mots. Il a rejeté les demandes contre les infirmières MacQueen et Verwoerd et le montant des dommages-intérêts qu'il a accordés était différent de celui suggéré par les demandeurs.

[7] La Cour d'appel a statué à la majorité (les juges Levine et Kirkpatrick) que la décision du juge de première instance devait être annulée et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La [TRADUCTION] « forme des motifs, reprenant essentiellement les prétentions des [demandeurs] » constituait une preuve convaincante qui réfutait la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires (2011 BCCA 192, 17 B.C.L.R. (5th) 253, par. 127). La Cour d'appel a aussi conclu, à la majorité, que les motifs ne remplissaient pas leurs fonctions d'informer les parties et le public des motifs de la décision et de fournir matière à un examen en appel.

[8] Justice K. J. Smith dissented. The issue was whether the presumption of judicial integrity and impartiality was rebutted. The question was “whether a reasonable and informed person, considering all the circumstances, would apprehend that the trial judge failed to independently and impartially consider the evidence and the law and to arrive at his own conclusions on the issues” (para. 29). He concluded this test was not met. While the copying was “troubling” (para. 22), the reasons showed that the trial judge had applied his mind to the issues, done his own analysis and reached his own conclusions. This said, the trial judge had “overlooked and misapprehended important evidence, made errors in his legal analysis, and failed entirely to deal with a cogent defence argument” (para. 31). Reviewing the case on its merits, the dissenting Justice determined that the actions against Dr. Steele, Dr. Edris, the Hospital and Nurse Bellini should be dismissed. He indicated that he would also have reduced the damage award against the remaining defendant, Dr. Yue, but did not pursue this issue in light of the majority’s order for a new trial.

IV. Issues

[9] The issues are as follows:

- A. Should the trial judge’s decision be set aside because it copied large portions of the plaintiffs’ submissions?
- B. If the judgment is not set aside for copying, does it disclose palpable errors of fact or legal errors?
- A. *Should the Trial Judge’s Decision Be Set Aside Because it Copied Large Portions of the Plaintiffs’ Submissions?*

[10] This was a complex case involving many issues. The trial judgment, rendered some time after a lengthy trial, consisted of 368 paragraphs. Only

[8] Le juge K. J. Smith était dissident. Il s’agissait de savoir si la présomption d’intégrité et d’impartialité judiciaires avait été réfutée. Il fallait se demander [TRADUCTION] « si une personne raisonnable et bien informée, qui tiendrait compte de toutes les circonstances, craindrait que le juge de première instance n’ait pas examiné la preuve et le droit de façon indépendante et impartiale et n’ait pas tiré ses propres conclusions sur les questions en litige » (par. 29). Il a conclu que ce n’était pas le cas en l’espèce. Certes, la reproduction était « troublante » (par. 22), mais les motifs démontraient que le juge de première instance avait porté son attention sur les questions en litige, avait effectué sa propre analyse et avait tiré ses propres conclusions. Cela dit, le juge de première instance avait « ignoré et mal apprécié des éléments de preuve importants, commis des erreurs dans son analyse juridique et omis totalement de traiter un argument convaincant de la défense » (par. 31). Examinant l’affaire au fond, le juge dissident a statué que les actions contre le D^r Steele, le D^r Edris, l’hôpital et l’infirmière Bellini devaient être rejetées. Il a indiqué qu’il aurait en outre réduit le montant des dommages-intérêts payables par la défenderesse restante, la D^{re} Yue, mais il n’a pas examiné davantage cette question compte tenu de la décision des juges majoritaires d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

IV. Les questions en litige

[9] Les questions en litige sont les suivantes :

- A. La décision du juge de première instance devrait-elle être annulée parce qu’elle reproduisait de larges extraits des prétentions des demandeurs?
- B. Si le jugement n’est pas annulé pour cause de reproduction, comporte-t-il des erreurs de fait manifestes ou des erreurs de droit?
- A. *La décision du juge de première instance devrait-elle être annulée parce qu’elle reproduisait de larges extraits des prétentions des demandeurs?*

[10] Il s’agissait d’une affaire complexe soulevant de nombreuses questions. Le jugement de première instance, rendu quelque temps après un long procès,

47 were predominantly in the judge's own words; the balance of 321 paragraphs was copied from the plaintiffs' submissions. This raises the concern that the trial judge did not put his mind to the issues, the evidence and the law as he was sworn to do, but simply incorporated the plaintiffs' submissions.

[11] The question before us is whether a trial judge's decision should be set aside because his reasons incorporate large portions of material prepared by others, in this case the plaintiffs.

1. A Matter of Procedure

[12] Judicial decisions can be set aside either for substantive errors or procedural errors. A complaint that a judge's decision should be set aside because the reasons for judgment incorporate materials from other sources is essentially a procedural complaint. It goes not to whether the decision is correct on the merits having regard to the evidence and the law, but to whether the process by which it was reached is procedurally fair. A fair process requires not only that the parties be allowed to submit evidence and arguments to the judge, but that the judge decide the issues independently and impartially as the judge is sworn to do. Extensive incorporation may raise concerns that the judge has not done so.

[13] To determine whether a defect relating to reasons for judgment is evidence of procedural error negating a fair process, the alleged deficiency must be viewed objectively, through the eyes of a reasonable observer, having regard to all relevant matters: see e.g. *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267. Reasons need not be extensive or cover every aspect of the judge's reasoning; in some cases, the basis of the reasons may be found in the record. The question is whether a reasonable person would

comptait 368 paragraphes. Seuls 47 paragraphes étaient rédigés principalement dans les propres mots du juge; les 321 autres paragraphes reprenaient les prétentions des demandeurs. Cela faisait craindre que le juge du procès n'ait pas porté son attention sur les questions en litige, la preuve et le droit comme il s'y était engagé en prêtant serment et qu'il se soit contenté de reproduire les prétentions des demandeurs.

[11] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la décision du juge de première instance devrait être annulée parce que ses motifs incorporent de larges extraits de documents préparés par d'autres personnes, en l'occurrence les demandeurs.

1. Une question de procédure

[12] Les décisions judiciaires peuvent être annulées soit pour des erreurs de fond, soit pour des erreurs d'ordre procédural. Un recours fondé sur la prétention que la décision d'un juge devrait être annulée parce que les motifs du jugement incorporent des extraits d'autres sources est essentiellement de nature procédurale. Il ne concerne pas la question de savoir si la décision est correcte sur le fond eu égard à la preuve et au droit, mais plutôt celle de savoir si le processus suivi pour y parvenir est équitable sur le plan de la procédure. Un processus équitable exige non seulement que les parties aient la possibilité de soumettre des éléments de preuve et des arguments au juge, mais aussi que le juge tranche les questions en litige de façon indépendante et impartiale comme il s'est engagé à le faire en prêtant serment. L'incorporation de larges extraits d'autres sources peut faire craindre qu'il ne l'ait pas fait.

[13] Pour déterminer si une lacune concernant les motifs du jugement démontre l'existence d'une erreur procédurale qui a rendu le processus inéquitable, il faut considérer cette lacune objectivement, du point de vue d'un observateur raisonnable, en tenant compte de toutes les questions pertinentes : voir, p. ex., *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267. Les motifs ne doivent pas nécessairement être longs ni couvrir tous les aspects du raisonnement du juge; dans certains cas, le fondement des motifs se

conclude that the alleged deficiency, taking into account all relevant circumstances, is evidence that the decision-making process was fundamentally unfair, in the sense that the judge did not put her mind to the facts, the arguments and the issues, and decide them impartially and independently.

2. The Presumption of Judicial Impartiality

[14] Society entrusts to the judge the weighty task of deciding difficult issues of fact and law in order to resolve disputes between citizens. Judges are appointed from among experienced lawyers and are sworn to carry out their duties independently and impartially.

[15] Judicial decisions benefit from a presumption of integrity and impartiality — a presumption that the judge has done her job as she is sworn to do. This reflects the fact that the judge is sworn to deliver an impartial verdict between the parties, and serves the policy need for finality in judicial proceedings.

[16] Courts have repeatedly affirmed that the starting point in an inquiry such as this is the presumption of judicial integrity and impartiality. In *Teskey*, Charron J., for the majority, stated, at para. 19:

Trial judges benefit from a presumption of integrity, which in turn encompasses the notion of impartiality. . . . Hence, the reasons proffered by the trial judge in support of his decision are presumed to reflect the reasoning that led him to his decision.

[17] Justice Abella, in dissent, agreed, writing at length about the judicial history of the presumption of integrity and the purposes it serves:

The presumption of integrity acknowledges that judges are bound by their judicial oaths and will carry out the duties they have sworn to uphold. This includes not only a presumption — and duty — of impartiality but also of

trouve dans le dossier. Il s'agit de savoir si, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, une personne raisonnable conclurait que la prétendue lacune démontre que le processus était fondamentalement inéquitable, en ce sens que le juge de première instance n'a pas porté son attention sur les faits, les arguments et les questions en litige et que sa décision à leur égard n'a pas été rendue de façon impartiale et indépendante.

2. La présomption d'impartialité judiciaire

[14] La société confie au juge la lourde tâche de trancher d'épineuses questions de fait et de droit pour régler les différends entre citoyens. Les juges nommés sont choisis parmi les avocats chevronnés et prêtent le serment d'exercer leurs fonctions de façon indépendante et impartiale.

[15] Les décisions judiciaires bénéficient d'une présomption d'intégrité et d'impartialité — le juge est présumé avoir honoré son serment en accomplissant sa tâche. Cette présomption découle du serment que prête le juge de rendre un verdict impartial entre les parties et contribue à la finalité des instances judiciaires.

[16] Les tribunaux ont affirmé à maintes reprises que le point de départ d'une analyse comme celle-ci est la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires. Dans l'arrêt *Teskey*, la juge Charron, s'exprimant au nom de la majorité, a affirmé ce qui suit, au par. 19 :

Les juges de première instance jouissent d'une présomption d'intégrité qui, à son tour, englobe la notion d'impartialité. [. . .] Ainsi, les raisons invoquées par le juge du procès au soutien de sa décision sont présumées refléter le raisonnement l'ayant conduit à cette décision.

[17] La juge Abella, dissidente, a souscrit à cette affirmation et s'est exprimée en détail sur l'histoire judiciaire et les objectifs de la présomption d'intégrité :

La présomption d'intégrité reconnaît que les juges sont tenus de respecter leur serment professionnel et de s'acquitter des obligations qu'ils ont fait le serment de remplir. Cette présomption inclut à son tour non seulement

legal knowledge. . . . [J]udges are presumed to know and act in accordance with their legal responsibilities [para. 29]

[18] The presumption of judicial integrity and impartiality means that the party seeking to set aside a judicial decision because the judge's reasons incorporated the material of others bears the burden of showing that a reasonable person, apprised of the relevant facts, would conclude that the judge failed to come to grips with the issues and deal with them independently and impartially. In *Teskey*, Charron J. wrote, at para. 21:

Even though there is a presumption that judges will carry out the duties they have sworn to uphold, the presumption can be displaced. The onus is . . . on the appellant to present cogent evidence showing that, in all the circumstances, a reasonable person would apprehend that the [presumption is rebutted by the reasons].

[19] Similarly, Abella J. in *Teskey* stated, at para. 33:

The test for displacing the presumption, therefore, requires that the apprehension of bias be reasonable in the eyes of someone who is reasonably informed about all the relevant circumstances. Those circumstances include “the traditions of integrity . . . and . . . the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold”.

[20] The threshold for rebutting the presumption of judicial integrity and impartiality is high. The presumption carries considerable weight, and the law should not carelessly evoke the possibility of bias in a judge, whose authority depends upon that presumption: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 32, *per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ., cited in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, at para. 59.

[21] *Teskey* illustrates how attacks on judicial decisions on the basis of defects relating to the judgment process should be approached. In that

une présomption — et une obligation — d'impartialité, mais aussi une présomption de connaissance du droit. [. . .] [L]es juges sont présumés connaître le droit et agir en conformité avec leurs obligations légales . . . [par. 29]

[18] La présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires signifie que la partie qui demande l'annulation d'une décision parce que les motifs du juge incorporent des extraits d'autres textes doit démontrer qu'une personne raisonnable, informée des faits pertinents, conclurait que le juge ne s'est pas formé une opinion sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon indépendante et impartiale. Dans *Teskey*, la juge Charron a écrit ce qui suit, au par. 21 :

La présomption que les juges s'acquitteront des obligations qu'ils se sont engagés sous la foi du serment à remplir peut néanmoins être réfutée. Il incombe [. . .] à l'appelant de présenter une preuve convaincante, démontrant qu'eu égard aux circonstances de l'espèce une personne raisonnable craindrait que [les motifs ne réfutent la présomption].

[19] De même, la juge Abella, toujours dans *Teskey*, a affirmé ce qui suit au par. 33 :

Par conséquent, suivant la norme requise pour réfuter la présomption, la crainte de partialité doit être raisonnable du point de vue de la personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire, y compris « des traditions historiques d'intégrité et [. . .] du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter ».

[20] La norme à laquelle il faut satisfaire pour réfuter la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires est exigeante. Cette présomption a une importance considérable, et le droit ne devrait pas imprudemment évoquer la possibilité de partialité du juge, dont l'autorité dépend de cette présomption : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 32, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, citées dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 59.

[21] L'arrêt *Teskey* illustre la manière dont il convient d'examiner une décision judiciaire contestée sur le fondement de prétendues lacunes concernant

case, the trial judge had convicted the accused, with reasons to follow. No reasons were forthcoming. Finally, the trial judge delivered elaborate reasons 11 months after the convictions, and only after repeated requests from counsel. The defence argued on appeal that the reasons were after-the-fact justifications of the verdict, raising concerns about whether the judge at the time of the convictions had considered the law and applied it to the evidence as he was sworn to do. A majority of this Court, *per* Charron J., set aside the convictions. The minority, *per* Abella J., would have upheld the convictions. Both judgments agreed that the starting point was the presumption of judicial integrity, and that the onus is on the party assailing the reasons to present cogent evidence to displace the presumption.

[22] The basic framework for assessing a claim that the judge failed to decide the case independently and impartially may be summarized as follows. The claim is procedural, focussing on whether the litigant's right to an impartial and independent trial of the issues has been violated. There is a presumption of judicial integrity and impartiality. It is a high presumption, not easily displaced. The onus is on the person challenging the judgment to rebut the presumption with cogent evidence showing that a reasonable person apprised of all the relevant circumstances would conclude that the judge failed to come to grips with the issues and decide them impartially and independently.

[23] I add this. The Court of Appeal proposed, and it was argued before this Court, that the problem of copying attracts a "functional" inquiry into whether the reasons are adequate to advise the parties and the public of the reasons for the decision and to provide a basis for appeal.

le processus suivi pour rendre jugement. Dans cette affaire, le juge de première instance avait reconnu l'accusé coupable, avec motifs à suivre. Or, les motifs n'ont pas suivi. Finalement, le juge a publié des motifs étoffés 11 mois après les déclarations de culpabilité, et uniquement à la suite de demandes répétées des avocats. La défense a fait valoir en appel que les motifs constituaient une justification a posteriori du verdict, ce qui semait un doute quant à savoir si, au moment des déclarations de culpabilité, le juge avait examiné le droit et l'avait appliqué à la preuve comme il avait prêté serment de le faire. Notre Cour, dont l'opinion majoritaire a été rédigée par la juge Charron, a annulé les déclarations de culpabilité. S'exprimant au nom de la minorité, la juge Abella était d'avis de les confirmer. Les deux opinions reconnaissaient que le point de départ est la présomption d'intégrité judiciaire et qu'il incombe à la partie qui conteste les motifs de présenter une preuve convaincante pour réfuter cette présomption.

[22] Le cadre d'analyse fondamental d'un recours fondé sur la prétention que le juge n'a pas rendu une décision de façon indépendante et impartiale peut se résumer comme suit. Il s'agit d'un recours de nature procédurale, qui porte principalement sur la question de savoir si le droit du plaideur à une instruction impartiale et indépendante des questions en litige a été violé. Il existe une présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires. Il s'agit d'une forte présomption, qui n'est pas facilement réfutable. Il incombe à la personne qui conteste le jugement de réfuter la présomption au moyen d'une preuve convaincante démontrant qu'une personne raisonnable informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait que le juge ne s'est pas formé une opinion sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon impartiale et indépendante.

[23] J'ajouterai ce qui suit. La Cour d'appel a avancé, et il a été plaidé devant notre Cour, que le problème de reproduction demande une analyse « fonctionnelle » visant à déterminer si les motifs sont suffisants pour informer les parties et le public des motifs de la décision et pour fournir matière à examen en appel.

[24] In the criminal context, it has been held that reasons for judgment that do not fulfill these basic functions may result in a judgment being set aside if the appellate court concludes that it is a case of unreasonable verdict, error of law, or a miscarriage of justice within the scope of s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

[25] This Court has not explored whether, and if so how, this approach applies in civil cases, although it has twice considered and rejected the argument that reasons were functionally insufficient: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. In the administrative law context, it has held that challenges to the reasoning or result of a decision do not attract an independent sufficiency analysis and should be dealt with within the overall reasonableness analysis: *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

[26] In a case such as this, the essence of the complaint is not that the reasons are functionally insufficient — the parties agree that on their face, the reasons explain what was decided and provide a basis for appellate review — but rather that the judge's wholesale incorporation of the material of others shows that he did not put his mind to the issues and decide them impartially. It is a complaint not about sufficiency, but about process, and stands to be resolved on the basis of the core analysis in *Teskey* — whether the presumption of judicial impartiality has been rebutted.

[24] Dans le contexte du droit criminel, il a été jugé que les motifs qui ne remplissent pas ces fonctions fondamentales peuvent entraîner l'annulation du jugement si la juridiction d'appel conclut que le verdict est déraisonnable, que la décision est erronée sur une question de droit ou qu'il y a erreur judiciaire au sens de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

[25] La Cour n'a pas étudié la question de savoir si cette approche s'applique en matière civile et, le cas échéant, de quelle façon, bien qu'elle ait examiné et rejeté à deux reprises l'argument que les motifs étaient insuffisants pour remplir leurs fonctions : *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129. Dans le contexte du droit administratif, la Cour a statué que la contestation d'un raisonnement ou du résultat d'une décision ne commande pas une analyse indépendante de la suffisance des motifs et doit être examinée dans le cadre de l'analyse globale de leur caractère raisonnable : *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

[26] Un recours comme celui-ci n'est pas fondé essentiellement sur la prétention que les motifs sont insuffisants pour remplir leurs fonctions — les parties reconnaissent que les motifs, à première vue, expliquent la décision et fournissent matière à examen en appel —, mais plutôt que l'incorporation en bloc par le juge d'extraits d'autres textes démontre qu'il n'a pas porté son attention sur les questions en litige et qu'il ne les a pas tranchées de façon impartiale. Le recours ne porte pas sur la suffisance des motifs, mais sur le processus, et devrait être réglé conformément à l'analyse fondamentale décrite dans *Teskey* — qui consiste à déterminer si la présomption d'impartialité judiciaire a été réfutée.

3. When Is the Presumption of Judicial Integrity and Impartiality Rebutted?

[27] The presumption of judicial integrity and impartiality is a high one, which can be rebutted only by cogent evidence.

[28] Procedural defects relating to reasons for judgment are many and varied. In all cases, the underlying question is the same: Would a reasonable person, apprised of all the relevant circumstances, conclude that the judge failed to come to grips with the issues and make an impartial and independent decision, thereby defeating the presumption of judicial integrity and impartiality?

[29] Evidence capable of displacing the presumption of judicial integrity and impartiality may take different forms. It may be *intrinsic*, arising on the face of the reasons themselves. For example, no reasons or unintelligible reasons may be challenged by the form of the reasons themselves. Or it may be *extrinsic*: for example, evidence that the judge issued a decision before receiving the submissions of counsel touching on an important issue; that the judge was overheard telling someone that he was determined to find in favour of one of the parties regardless of the evidence; or that there was delay in issuing the reasons or extensive incorporation of material. The analysis is holistic and contextual. The question is whether the evidence presented by the party challenging the judgment convinces the reviewing court that a reasonable person would conclude that the judge did not perform her sworn duty to review and consider the evidence with an open mind: *Teskey*.

4. Copying in Reasons for Judgment

[30] The issue before us is not whether the practice of incorporating what others have written into judgments is a good thing. As we will see, judicial copying is a long-standing and accepted practice,

3. Dans quel cas la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires est-elle réfutée?

[27] La présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires est une forte présomption, qui ne peut être réfutée qu'au moyen d'une preuve convaincante.

[28] Les motifs de jugement peuvent être entachés de nombreuses lacunes différentes d'ordre procédural. Dans tous les cas, la question sous-jacente est la même : une personne raisonnable informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait-elle que le juge ne s'est pas formé une opinion sur les questions en litige et n'a pas rendu une décision impartiale et indépendante, de sorte que la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires est réfutée?

[29] La preuve susceptible de réfuter la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires peut prendre différentes formes. Elle peut être *intrinsèque*, c'est-à-dire qu'elle ressort des motifs eux-mêmes. L'absence de motifs, des motifs insuffisants et des motifs incompréhensibles peuvent être contestés à partir de la forme des motifs mêmes. Une preuve *extrinsèque* est aussi possible : par exemple, la preuve que le juge a rendu une décision avant même de recevoir les observations des avocats concernant une question importante; qu'on l'a surpris à dire qu'il était déterminé à conclure en faveur de l'une des parties sans égard à la preuve; ou qu'il a publié ses motifs tardivement ou y a incorporé en bloc des extraits d'autres textes. Il faut procéder à une analyse globale et contextuelle. La question est de savoir si la preuve présentée par la partie qui conteste le jugement convainc le tribunal siégeant en révision qu'une personne raisonnable conclurait que le juge n'a pas honoré son serment d'examiner et de considérer la preuve avec un esprit ouvert : *Teskey*.

4. La reproduction d'autres textes dans les motifs de jugement

[30] La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la pratique d'incorporer dans un jugement des extraits de ce que d'autres personnes ont écrit est recommandable. Comme nous le verrons,

yet one that, carried to excess, may raise problems. Rather, the issue is when, if ever, copying displaces the presumption of judicial integrity and impartiality.

[31] Approached from this perspective, a number of the criticisms advanced against copying fall by the wayside. One such criticism, made by the majority of the Court of Appeal in this case, is the judge's failure to attribute the incorporated material to the original author. This criticism is connected to the idea that the reasons should be the "original" product of the judge's mind, and that to the extent they are not, the judge should acknowledge her sources. Failure to attribute sources and lack of originality, without more, do not assist in answering the ultimate question — whether a reasonable person would conclude from the copying that the judge did not put her mind to the issues to be decided, resulting in an unfair trial. The fact that a judge attributes copied material to the author tells us nothing about whether she put her mind to the issues addressed in that copying. Nor is lack of originality alone a flaw in judgment writing; on the contrary, it is part and parcel of the judicial process. It may not be best practice for judges to bulk up their judgments with great swaths of borrowed material. But the fact remains that borrowed prose, attributed or otherwise, does not, without more, establish that the judge has failed to come to grips with the issues required to be decided.

[32] To set aside a judgment for failure to attribute sources or for lack of originality alone would be to misunderstand the nature of the judge's task and the time-honoured traditions of judgment writing. The conventions surrounding many kinds of writing forbid plagiarism and copying without acknowledgement. Term papers, novels, essays, newspaper articles, biographical and historical tomes provide ready examples. In academic and journalistic writing, the writer is faced with the task of presenting original ideas for evaluation by an

la reproduction d'autres textes dans les motifs de jugement est une pratique acceptée et appliquée depuis longtemps, mais qui, lorsqu'elle est utilisée de manière excessive, peut poser problème. Il s'agit plutôt de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, la reproduction réfute la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires.

[31] Examinées sous cet angle, certaines critiques formulées contre la reproduction ne tiennent plus la route. L'une de ces critiques, exprimée par la majorité de la Cour d'appel en l'espèce, est le défaut du juge d'attribuer les extraits incorporés à leur auteur original. Cette critique est liée à l'idée que les motifs devraient être le produit « original » de l'esprit du juge et que, dans la mesure où ils ne le sont pas, le juge devrait mentionner ses sources. Le défaut de mentionner ses sources et de produire un texte original, sans plus, n'aide pas à répondre à la question ultime : la reproduction amènerait-elle une personne raisonnable à conclure que le juge n'a pas porté son attention sur les questions à trancher, de sorte que le procès était inéquitable? Le fait que le juge attribue un extrait à son auteur ne révèle aucunement s'il a porté son attention sur les questions traitées dans cet extrait. Le fait que les motifs ne soient pas en totalité un produit original ne constitue pas, en soi, une lacune dans la rédaction du jugement; cela fait au contraire partie intégrante du processus judiciaire. Il n'est peut-être pas idéal pour les juges de truffier leurs jugements de pans entiers de texte emprunté. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le texte emprunté, avec ou sans mention de sa source, n'établit pas, à lui seul, que le juge ne s'est pas formé une opinion sur les questions qu'il devait trancher.

[32] Annuler un jugement parce que le juge n'a pas mentionné ses sources ou n'a pas produit un texte original, sans plus, serait mal comprendre la nature de sa tâche et les traditions consacrées de la rédaction de motifs. Les conventions relatives à de nombreux types de rédaction interdisent le plagiat et la reproduction sans indication de la source. Les travaux d'étudiants, les romans, les essais, les articles de journaux, ainsi que les ouvrages biographiques et historiques en sont de bons exemples. Dans la rédaction universitaire et journalistique, l'auteur

instructor or by peers, or of engaging in principled debate in the press. The task of judgment writing is much different. As Simon Stern puts it:

Judges are not selected, and are only rarely valued, because of their gift for original expression. Just as most lawyers would rather present their arguments as merely routine applications of settled doctrine, yielding the same legal results that other courts have delivered repeatedly, judges usually prefer to couch their innovations in familiar forms, borrowing well-worn phrases to help the new modifications go down smoothly. The bland, repetitive, and often formulaic cadences of legal writing in general, and judicial writing in particular, can be explained in large part by a commitment to the neutral and consistent application of the law. . . . [T]he effort to demonstrate that similar cases are being treated alike often finds its rhetorical manifestation in a penchant for analyses that have a *déjà lu* quality — usually because the words *have* been read before. This tendency, though visible throughout the legal system, is most pronounced at the trial level. [Emphasis in original; p. 1.]

“Copyright Originality and Judicial Originality” (2013), 63 *U.T.L.J.* 1)

And again:

It is hardly news that legal writing is embedded in a network of precedent, formulas, and boilerplate, that it reflects a general preference for the tried and true over the novel, and that it routinely depends on practices — verbatim repetition of others’ words, adoption of others’ prose and arguments — that might trigger infringement claims in an intellectual property dispute. [p. 6]

[33] The scope for judicial creativity is narrow, but not non-existent. It finds expression in the ordering of the reasons and the disposition of the arguments and issues, and in the occasional eloquent statement of the facts or restatement of the law. Nevertheless, it remains the case that judicial opinions, especially trial judgments, differ from the kind of writings that traditionally attract copyright protection, with the

doit présenter des idées originales pour être évalué par un professeur ou par ses pairs, ou débattre d’un sujet dans la presse en s’appuyant sur des principes. La rédaction judiciaire est très différente. Comme Simon Stern l’a affirmé :

[TRADUCTION] Les juges ne sont pas choisis, et sont rarement valorisés, pour leur style original. Tout comme la plupart des avocats préfèrent présenter leurs arguments comme une simple application courante de la doctrine établie, produisant les mêmes résultats juridiques que ceux obtenus d’autres tribunaux à maintes reprises, les juges préfèrent généralement formuler leurs idées novatrices dans des formes familières, empruntant des formulations courantes pour aider à ce que les modifications se fassent en douceur. Le rythme ennuyeux, répétitif et souvent convenu de la rédaction juridique en général, et de la rédaction judiciaire en particulier, peut s’expliquer en grande partie par la volonté d’appliquer le droit de façon neutre et cohérente. [. . .] [L]’effort fait pour démontrer que des cas semblables sont traités de la même manière trouve souvent sa manifestation rhétorique dans un penchant pour une analyse évoquant le « déjà-lu » — habituellement parce que le lecteur *a déjà lu* les mots employés. Cette tendance, bien qu’observable partout dans le système judiciaire, est plus prononcée en première instance. [En italique dans l’original; p. 1.]

(« Copyright Originality and Judicial Originality » (2013), 63 *U.T.L.J.* 1)

Et encore :

[TRADUCTION] Il n’est guère nouveau que la rédaction juridique soit enracinée dans un réseau de précédents, de formules et de modèles, qu’elle reflète une préférence générale pour la tradition plutôt que pour la nouveauté, et qu’elle dépende couramment de pratiques — la répétition textuelle des mots d’autrui, l’adoption des textes et des arguments d’autrui — qui pourraient entraîner des allégations de contrefaçon dans le cadre d’un litige en matière de propriété intellectuelle. [p. 6]

[33] La rédaction judiciaire laisse peu de place à la créativité, mais elle ne l’exclut pas. Cette créativité trouve son expression dans l’organisation des motifs, dans le traitement des arguments et des questions en litige, ainsi que dans l’énonciation des faits ou la reformulation du droit, parfois éloquentes. Quoiqu’il en soit, il demeure que les opinions judiciaires, particulièrement les jugements

concomitant demands of originality and attribution of sources. Judgments are “usually collaborative products that reflect a wide range of imitative writing practices, including quotation, paraphrase, and pastiche” (Stern, at p. 2). Judgments routinely incorporate phrases and paragraphs from a variety of sources, such as decided cases, legal treatises, pleadings, and arguments of the parties. Appellate judges may incorporate paragraphs borrowed from another judge on the case or from a helpful law clerk. Often the sources are acknowledged, but often they are not. Whether acknowledged or not, they are an accepted part of the judgment-writing process and do not, without more, render the proceeding unfair.

[34] In this spirit, and in the interests of expediting judicial business, courts actively encourage parties to submit written arguments and proposed orders. This process is accelerating. In the United States, and more and more in Canada, courts welcome electronic submissions. Such submissions help the judge get the decision right, facilitate the task of judgment writing and speed the judicial process. As Gregory M. Silverman frankly observes, the “benefits provided by electronic filing” include “reduced time for . . . retyping as portions of one document can be easily transferred to another using the cut-and-paste operation of word processing software” (“Rise of the Machines: Justice Information Systems and the Question of Public Access to Court Records over the Internet” (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 175, at p. 196).

[35] The concern about copying in the judicial context is not that the judge is taking credit for someone else’s prose, but rather that it may be evidence that the reasons for judgment do not reflect the judge’s thinking. They are not the judge’s reasons, but those of the person whose prose the

de première instance, différent du genre d’écrits habituellement protégés par le droit d’auteur, assortis d’exigences en ce qui a trait à leur caractère original et à la mention des sources. Les jugements sont [TRADUCTION] « habituellement des produits collaboratifs qui reflètent une grande variété de pratiques de rédaction imitatives, dont la citation, la paraphrase et le pastiche » (Stern, p. 2). Les jugements incorporent régulièrement des expressions et des paragraphes tirés d’une variété de sources telles que la jurisprudence, les traités de droit, les actes de procédure et les arguments des parties. Les juges d’appel peuvent incorporer des paragraphes empruntés à un autre juge de la formation qui a entendu l’affaire ou à un auxiliaire juridique dont l’apport est utile. Les sources sont souvent mentionnées, mais il arrive aussi souvent qu’elles ne le soient pas. Qu’elles soient mentionnées ou pas, elles font partie intégrante du processus de rédaction des jugements et ne rendent pas, à elles seules, la procédure inéquitable.

[34] Dans cet esprit, et par souci d’accélérer les instances, les tribunaux encouragent activement les parties à soumettre des arguments écrits et des projets d’ordonnances. Ce processus s’accroît. Aux États-Unis et de plus en plus au Canada, les tribunaux font bon accueil aux mémoires électroniques. Ceux-ci aident le juge à rendre la bonne décision, facilitent la rédaction du jugement et accélèrent le processus judiciaire. Comme Gregory M. Silverman le mentionne ouvertement, les [TRADUCTION] « avantages du dépôt électronique » incluent notamment « une retranscription plus rapide puisque des parties d’un document peuvent être facilement transférées dans un autre document à l’aide de la fonction “copier-coller” des logiciels de traitement de texte » (« Rise of the Machines : Justice Information Systems and the Question of Public Access to Court Records over the Internet » (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 175, p. 196).

[35] Si la reproduction dans le contexte judiciaire pose problème, ce n’est pas que le juge s’approprié le texte de quelqu’un d’autre, mais plutôt que la reproduction peut démontrer que les motifs du jugement ne reflètent pas sa pensée. Ils ne constituent pas les motifs du juge, mais ceux de l’auteur du

judge copied. Avoiding this impression is a good reason for discouraging extensive copying. But it is not the copying *per se* that renders the process of judgment writing unfair. A judge may copy extensively from the briefs in setting out the facts, the legal principles and the arguments, and still assess all the issues and arguments comprehensively and impartially. No one could reasonably contend that the process has failed in such a case.

[36] To sum up, extensive copying and failure to attribute outside sources are in most situations practices to be discouraged. But lack of originality and failure to attribute sources do not in themselves rebut the presumption of judicial impartiality and integrity. This occurs only if the copying is of such a character that a reasonable person apprised of the circumstances would conclude that the judge did not put her mind to the evidence and the issues and did not render an impartial, independent decision.

5. The Permissibility of Judicial Copying: A Look at the Cases

[37] Judges are busy. A heavy flow of work passes through the courts. The public interest demands that the disputes and legal issues brought before the courts be resolved in a timely and effective manner, all the while maintaining the integrity of the judicial process. In an ideal world, one might dream of judges recasting each proposition, principle and fact scenario before them in their own finely crafted prose. In reality, courts have recognized that copying is acceptable, and does not, without more, require the judge's decision to be set aside. While the theoretical basis on which the result is explained varies, this is the position in England, various Commonwealth countries, the U.S. and in Canada.

texte reproduit. Éviter de créer cette impression constitue une bonne raison pour dissuader les juges de reproduire de larges extraits d'autres textes. Mais ce n'est pas la reproduction comme telle qui rend le processus de rédaction du jugement inéquitable. Le juge peut reproduire de grandes parties des mémoires dans son exposé des faits, des principes juridiques et des arguments, et tout de même analyser toutes les questions en litige et les arguments de façon exhaustive et impartiale. En pareil cas, nul ne pourrait raisonnablement prétendre que le processus judiciaire a échoué.

[36] Pour résumer, la reproduction de larges extraits d'autres textes et l'omission d'en mentionner les sources constituent dans la plupart des cas des pratiques déconseillées. Mais le défaut de produire un texte original et le défaut de mentionner les sources des textes reproduits, sans plus, ne réfutent pas la présomption d'impartialité et d'intégrité judiciaires. La présomption est réfutée uniquement si la reproduction est telle qu'une personne raisonnable, informée des circonstances, conclurait que le juge n'a pas porté son attention sur la preuve et sur les questions en litige et n'a pas rendu une décision impartiale et indépendante.

5. La reproduction acceptable en rédaction judiciaire : examen de la jurisprudence

[37] Les juges sont très occupés. Un flot ininterrompu de dossiers passe par les tribunaux. L'intérêt public exige que les litiges et les points de droit soumis aux tribunaux soient réglés rapidement et de manière efficace, sans pour autant que l'intégrité du processus judiciaire en souffre. Dans un monde idéal, on pourrait espérer voir les juges reformuler chaque proposition, principe et scénario factuel qui leur est soumis dans leurs propres mots, soigneusement choisis. Dans la réalité, les tribunaux ont reconnu que la reproduction est acceptable et ne commande pas, à elle seule, l'annulation d'une décision judiciaire. Bien que l'explication théorique de cette opinion varie, il s'agit du point de vue adopté en Angleterre, dans divers pays du Commonwealth, aux É.-U. et au Canada.

[38] In England, the Court of Appeal has affirmed that copying does not invalidate a decision: *English v. Emery Reimbold & Strick Ltd.*, [2002] EWCA Civ 605, [2002] 3 All E.R. 385. This view appears to be generally accepted. For example, in 2006, a British tribunal, applying *Emery*, explained that “there is nothing to prevent a Tribunal from adopting the arguments advanced on behalf of one of the parties if it accepts those arguments and has nothing to add to them”: *Meadowstone (Derbyshire) Ltd. v. Kirk*, 2006 WL 690588 (U.K. Employment Appeal Tribunal), at para. 21. Although the tribunal acknowledged that “[i]t is better practice for a Tribunal to spell out in its own words the reasons for any conclusion which it reaches”, if it chooses to repeat a party’s language, it cannot be said that this practice “fail[s] to meet . . . the minimum standards by which every judgment should be measured” (para. 21).

[39] *Emery* was applied by the Hong Kong Court of Appeal in a case where the trial judge incorporated extensive portions of counsel’s submissions in the judgment, and the losing party appealed on grounds of procedural fairness and adequacy: *Shin v. Kung*, [2004] HKCA 205 (HKLII), at paras. 366-69 and 377. The court dismissed the appeal, holding that a judge is entitled to accept or reject a party’s case in its entirety. “A judge’s total adoption or rejection of counsel’s submissions *per se* does not imply the lack of independent adjudication, nor does it constitute a valid ground for upsetting the judgment on the basis of an unfair trial”, the court stated (para. 367). Applying the test of “a fair-minded and informed observer” (para. 377), it dismissed concerns about adequacy and bias.

[40] In Australia, it has been held that “[a]doption of one party’s submissions by a judge . . . is one method of providing adequate reasons”, adding that “[i]t may not be the choice of every judge but it is impossible to say that it necessarily . . . falls short of the judicial duty to provide reasons”: *James v.*

[38] En Angleterre, la Cour d’appel a confirmé que la reproduction d’autres textes dans une décision ne la rend pas invalide : *English c. Emery Reimbold & Strick Ltd.*, [2002] EWCA Civ 605, [2002] 3 All E.R. 385. Ce point de vue semble généralement accepté. Par exemple, en 2006, un tribunal britannique, appliquant l’arrêt *Emery*, a expliqué que [TRADUCTION] « rien n’empêche le tribunal d’adopter les arguments plaidés au nom d’une partie s’il retient ces arguments et n’a rien à y ajouter » : *Meadowstone (Derbyshire) Ltd. c. Kirk*, 2006 WL 690588 (Employment Appeal Tribunal, R.-U.), par. 21. Bien que le tribunal ait reconnu qu’il [TRADUCTION] « est préférable pour le tribunal d’exprimer dans ses propres mots les motifs justifiant chacune de ses conclusions », s’il choisit de répéter les termes utilisés par une partie, on ne saurait dire que cette pratique « ne répond pas [. . .] aux normes minimales en regard desquelles tout jugement devrait être examiné » (par. 21).

[39] L’arrêt *Emery* a été appliqué par la Cour d’appel de Hong Kong dans une affaire où le juge de première instance avait incorporé de grandes parties de l’argumentation des avocats dans son jugement et où la partie déboutée a interjeté appel en invoquant des moyens liés à l’équité procédurale et au caractère suffisant des motifs : *Shin c. Kung*, [2004] HKCA 205 (HKLII), par. 366-369 et 377. La cour a rejeté l’appel, concluant que le juge a le droit d’accepter ou de rejeter en totalité la thèse d’une partie. [TRADUCTION] « Le fait que le juge ait retenu ou rejeté en totalité les prétentions des avocats ne signifie pas en soi qu’il n’a pas rendu une décision indépendante, ni ne constitue un motif valable d’infirmier le jugement pour cause de procès inéquitable », a affirmé la cour (par. 367). Appliquant le critère d’un « observateur impartial et bien informé » (par. 377), elle a rejeté les critiques exprimées au sujet de la suffisance des motifs et de l’impartialité.

[40] En Australie, on a conclu que [TRADUCTION] « [l]’adoption par le juge des prétentions de l’une des parties [. . .] constitue un moyen de fournir des motifs suffisants », ajoutant que « [t]ous les juges ne feront peut-être pas ce choix, mais il est impossible d’affirmer que ce moyen ne répond

Surf Road Nominees Pty. Ltd., [2004] NSWCA 475 (AustLII), at para. 168. In *Fletcher Construction Australia Ltd. v. Lines MacFarlane & Marshall Pty. Ltd. (No. 2)*, [2002] VSCA 189, [2002] 6 V.R. 1, at para. 163, the Victorian Supreme Court of Appeal, reviewing a trial judgment for adequacy, remarked that “[a] careful examination of the reasons for judgment shows that the judge adopted [the plaintiff’s] closing submissions almost in their entirety.” But it did not set the judgment aside for copying alone.

[41] The United States Supreme Court ruled almost 50 years ago that when a trial judge “adopt[s] verbatim” the findings of fact submitted by counsel, “[t]hose findings, though not the product of the workings of the . . . judge’s mind, are formally his; they are not to be rejected out-of-hand, and they will stand if supported by evidence”: *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964), at p. 656. This rule appears to have been consistently followed in the United States although not without occasional adverse comment in extreme cases, as in *United States v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974), at p. 615, where extensive copying without citations to transcripts hampered appellate review and added to the appellate court’s burden. (See Stern, at p. 9, fn. 24.)

[42] The Supreme Court of Canada has never ruled on the matter. However, the two leading cases, *Sorger v. Bank of Nova Scotia* (1998), 39 O.R. (3d) 1 (C.A.), and *R. v. Gaudet* (1998), 40 O.R. (3d) 1 (C.A.), support the view that copying does not in itself establish procedural unfairness, and that the question is whether the copying shows that the trial judge did not consider the evidence and issues and render an impartial, independent decision.

[43] In *Gaudet*, the trial decision was upheld despite the fact that over 90 percent of its content was adopted from the Crown’s submissions (Stern, at

jamais [. . .] à l’obligation judiciaire de fournir des motifs » : *James c. Surf Road Nominees Pty. Ltd.*, [2004] NSWCA 475 (AustLII), par. 168. Dans *Fletcher Construction Australia Ltd. c. Lines MacFarlane & Marshall Pty. Ltd. (No. 2)*, [2002] VSCA 189, [2002] 6 V.R. 1, par. 163, la Victorian Supreme Court of Appeal, appelée à déterminer si le jugement de première instance était suffisant, a mentionné qu’un [TRADUCTION] « examen attentif des motifs du jugement démontre que le juge a adopté les observations finales [du demandeur] presque intégralement ». Elle n’a néanmoins pas annulé le jugement pour cause de reproduction seulement.

[41] La Cour suprême des États-Unis a statué, il y a près de 50 ans, que lorsqu’un juge de première instance [TRADUCTION] « adopt[e] textuellement » les conclusions de fait soumises par les avocats, « [c]es conclusions, bien qu’elles ne soient pas le produit de l’esprit du juge [. . .], sont officiellement les siennes; il ne faut pas les rejeter d’emblée, et elles seront confirmées si elles sont étayées par la preuve » : *United States c. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964), p. 656. Cette règle semble avoir été suivie systématiquement aux États-Unis, mais non sans commentaires négatifs à l’occasion, dans les cas extrêmes, comme dans *United States c. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974), p. 615, où la reproduction de larges extraits sans renvoi aux transcriptions a entravé l’examen en appel et a ajouté au fardeau du tribunal d’appel. (Voir Stern, p. 9, note de bas de page 24.)

[42] La Cour suprême du Canada n’a jamais statué sur la question. Toutefois, les deux arrêts de principe, *Sorger c. Bank of Nova Scotia* (1998), 39 O.R. (3d) 1 (C.A.), et *R. c. Gaudet* (1998), 40 O.R. (3d) 1 (C.A.), appuient le point de vue selon lequel la reproduction des extraits n’établit pas en soi une atteinte à l’équité procédurale, et la question consiste à se demander si la reproduction démontre que le juge de première instance n’a pas examiné la preuve et les questions en litige et qu’il n’a pas rendu une décision de façon impartiale et indépendante.

[43] Dans *Gaudet*, la décision de première instance a été confirmée malgré le fait que plus de 90 pour 100 de son contenu était tiré des prétentions

p. 35). The trial judge had expressly stated that he had conducted an independent review, and the Ontario Court of Appeal said that there was “no reason to conclude that the trial judge did not do what he stated he had done — conduct an independent review of the evidence and carefully consider both the defence and Crown submissions” (p. 16).

[44] In *Sorger*, the Ontario Court of Appeal approached the issue of extensive copying in reasons for judgment as a matter of procedural fairness. It was faced with a 128-page trial judgment consisting of nearly 125 pages transcribed from the parties’ submissions — 55 pages from the plaintiffs’ submissions and 70 pages from the defendants’ submissions (Stern, at p. 34). The trial judge devoted only two pages to findings of fact, all copied verbatim from the defendants’ material without any analysis of the evidence and no consideration of the jurisprudence. Evoking concerns about the fairness of the trial, the Court of Appeal concluded that the trial judgment offered “nothing to indicate that the trial judge attempted to grapple fairly and impartially with the case presented by the plaintiffs or decide it independently”. It concluded that “[a] reasonable and informed observer would have a reasonable apprehension that the mind of the trial judge was closed to a fair and impartial consideration of the appellants’ case” (pp. 8-9). The trial judge’s decision was set aside and a new trial ordered, not on the ground that the copying in itself vitiated the judgment, but on the ground that the copying, viewed in terms of the judgment as a whole, would satisfy a reasonable observer that the judge failed to grapple independently and impartially with the issues before him.

[45] Subsequent cases affirmed that copying alone is not grounds for appellate intervention. The Ontario Court of Appeal upheld a decision on an application for a search warrant where the judge’s entire reasons consisted of a reference to one

de la Couronne (Stern, p. 35). Le juge de première instance a affirmé expressément avoir effectué un examen indépendant, et la Cour d’appel de l’Ontario a affirmé qu’il n’y avait [TRADUCTION] « aucune raison de conclure que le juge de première instance n’a pas fait ce qu’il a affirmé avoir fait — effectuer un examen indépendant de la preuve et examiner attentivement les prétentions de la défense et de la Couronne » (p. 16).

[44] Dans *Sorger*, la Cour d’appel de l’Ontario a abordé la reproduction de larges extraits dans les motifs de jugement comme une question d’équité procédurale. Elle était saisie d’un jugement de première instance de 128 pages, dont près de 125 étaient constituées d’extraits des prétentions des parties — 55 pages étaient tirées des prétentions des demandeurs et 70 de celles des défendeurs (Stern, p. 34). Le juge de première instance a consacré seulement deux pages aux constatations de fait, toutes deux reproduites textuellement des documents des défendeurs, sans aucune analyse de la preuve ni aucun examen de la jurisprudence. Au sujet des doutes sur l’équité du procès, la Cour d’appel a conclu que le jugement de première instance ne comportait [TRADUCTION] « aucune indication que le juge de première instance a tenté de comprendre de façon équitable et impartiale l’argumentation des demandeurs ou de trancher l’affaire de façon indépendante ». Elle a conclu qu’un « observateur raisonnable et informé aurait une crainte raisonnable que l’état d’esprit du juge de première instance ne lui ait pas permis d’examiner la thèse des appelants de façon équitable et impartiale » (p. 8-9). La décision du juge de première instance a été annulée et la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée, non pas parce que la reproduction en soi avait vicié le jugement, mais parce que la reproduction, eu égard au jugement dans son ensemble, convaincrait un observateur raisonnable que le juge n’a pas examiné de façon indépendante et impartiale les questions dont il était saisi.

[45] Il a été statué dans des décisions ultérieures que la reproduction ne constitue pas en soi un motif justifiant l’intervention d’un tribunal d’appel. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé une décision sur une demande de mandat de perquisition dont

party's arguments by paragraph number: *Canada (Attorney General) v. Ni-Met Resources Inc.* (2005), 74 O.R. (3d) 641. The losing party argued that the reasons were insufficient to fulfill their functions because they simply adopted paragraphs from the other party's argument. The court rejected this submission.

[46] In 2878852 *Canada Inc. v. Jones Heward Investment Counsel Inc.*, 2007 ONCA 14 (CanLII), the same court, in a divided judgment and with some criticism, upheld reasons that incorporated the parties' submissions by identifying them solely by paragraph number, lending a "writing by numbers" effect (Stern, at p. 24).

[47] In *R. v. Dastous* (2004), 181 O.A.C. 398, where the trial judgment consisted of five paragraphs in which the trial judge stated he accepted all the Crown's submissions, the Ontario Court of Appeal in a short judgment set the decision aside in part because the trial judge had given no reasons for his rejection of the accused's evidence. In *R. v. Kendall* (2005), 75 O.R. (3d) 565, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. x, the same court rejected a trial judgment that consisted only of an expression of agreement with and adoption of the defence submissions at trial, again because it was impossible to know why the judge decided as he did.

[48] The Federal Court of Appeal considered a judgment that reproduced verbatim 100 paragraphs of a trial judgment complete with original underlining, footnotes and references in *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 212, 392 N.R. 71. After recommending that judges should attribute sources, the court nevertheless concluded that the judgment afforded "[no] basis to . . . conclude . . . that the Judge did not perform his duty to examine the evidence as he was called upon to do" (para. 79).

les motifs en entier consistaient en un renvoi aux arguments d'une partie désignés par des numéros de paragraphe : *Canada (Attorney General) c. Ni-Met Resources Inc.* (2005), 74 O.R. (3d) 641. La partie insatisfaite a plaidé que les motifs étaient insuffisants pour remplir leurs fonctions parce qu'ils reprenaient simplement des paragraphes de l'argumentation de l'autre partie. La cour a rejeté cet argument.

[46] Dans 2878852 *Canada Inc. c. Jones Heward Investment Counsel Inc.*, 2007 ONCA 14 (CanLII), la même cour, dans un jugement partagé, a confirmé — tout en les critiquant — les motifs qui incorporaient les prétentions des parties en les désignant uniquement par des numéros de paragraphe, ce qui donnait au texte un effet de [TRADUCTION] « peinture à numéros » (Stern, p. 24).

[47] Dans l'affaire *R. c. Dastous* (2004), 181 O.A.C. 398, dans un court jugement, la Cour d'appel de l'Ontario a annulé la décision de première instance, comportant cinq paragraphes dans lesquels le juge de première instance affirmait accepter toutes les prétentions de la Couronne, en partie parce que le juge de première instance n'avait pas motivé son rejet de la preuve de l'accusé. Dans *R. c. Kendall* (2005), 75 O.R. (3d) 565, autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. x, la même cour a rejeté un jugement de première instance dans lequel le juge avait uniquement approuvé et adopté les arguments présentés par la défense au procès, encore une fois parce qu'il était impossible de savoir pourquoi le juge en avait décidé ainsi.

[48] Dans *Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 212 (CanLII), la Cour d'appel fédérale a examiné un jugement qui reproduisait textuellement 100 paragraphes d'un jugement de première instance, y compris les soulignés, les notes de bas de page et les renvois originaux. Après avoir recommandé que les juges mentionnent leurs sources, la cour a néanmoins estimé qu'« aucun fondement ne [. . .] justifie de conclure [. . .] que le juge ne s'est pas acquitté de son obligation d'examiner la preuve, comme il avait à le faire » (par. 79).

[49] In summary, courts in Canada and elsewhere have held that copying in reasons for judgment is not, in itself, grounds for setting the judge's decision aside. However, if the incorporation of the material of others would lead a reasonable person apprised of all the relevant facts to conclude that the trial judge has not put his or her mind to the issues and made an independent decision based on the evidence and the law, the presumption of judicial integrity is rebutted and the decision may be set aside.

[50] This does not negate the fact that, as a general rule, it is good judicial practice for a judge to set out the contending positions of the parties on the facts and the law, and explain in her own words her conclusions on the facts and the law. The process of casting reasons for judgment in the judge's own words helps to ensure that the judge has independently considered the issues and come to grips with them. As the cases illustrate, the importance of this may vary with the nature of the case. In some cases, the issues are so clear that adoption of one party's submissions or draft order may be uncontroversial. By contrast, in complex cases involving disputed facts and legal principles, the best practice is to discuss the issues, the evidence and the judge's conclusions in the judge's own words. The point remains, however, that a judge's failure to adhere to best practices does not, without more, permit the judge's decision to be overturned on appeal.

6. Application to This Appeal

[51] The question is whether the extensive copying from the plaintiffs' submissions requires the trial judge's decision to be set aside. The starting point is the presumption of judicial integrity and impartiality. To reframe the matter in the words of *Teskey*, the onus is on the party challenging the decision to show that a reasonable person apprised of all the circumstances would conclude that the judge did not put his mind to the issues and decide them impartially and independently, as his duty

[49] En bref, les tribunaux au Canada et à l'étranger ont systématiquement conclu que la reproduction d'autres textes dans les motifs de jugement ne constitue pas, en soi, un motif pour annuler la décision du juge. Toutefois, dans le cas où l'incorporation d'extraits d'autres sources amènerait une personne raisonnable, informée de tous les faits pertinents, à conclure que le juge du procès n'a pas porté son attention sur les questions en litige et n'a pas rendu une décision indépendante fondée sur la preuve et le droit, la présomption d'intégrité judiciaire est réfutée et la décision peut être annulée.

[50] Il n'en demeure pas moins qu'il est, en règle générale, de bon usage pour le juge d'énoncer les arguments opposés des parties sur les faits et le droit et d'expliquer dans ses propres mots ses conclusions sur les faits et le droit. Le processus de formulation des motifs de jugement dans les propres mots du juge contribue à garantir qu'il a pris les questions en litige en considération et qu'il s'est formé une opinion à leur égard de façon indépendante. Comme la jurisprudence le démontre, l'importance de ce processus varie selon la nature de l'affaire. Dans certains cas, les questions sont tellement claires que l'adoption des prétentions ou du projet d'ordonnance de l'une des parties ne prête pas à controverse. En revanche, dans des cas complexes visant des faits et des principes juridiques contestés, la meilleure pratique pour le juge consisterait à analyser les questions en litige, examiner la preuve et formuler ses conclusions dans ses propres mots. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le défaut du juge d'adopter la meilleure pratique ne justifie pas, à lui seul, l'annulation de sa décision en appel.

6. Application au présent pourvoi

[51] La question est de savoir si, en l'espèce, la reproduction de larges extraits des prétentions des demandeurs commande l'annulation de la décision du juge de première instance. Le point de départ est la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires. Si l'on reformule la question selon les termes employés dans *Teskey*, il incombe à la partie qui conteste la décision de démontrer qu'une personne raisonnable informée de toutes les circonstances conclurait que le juge n'a pas porté son

required. The bar is high, and cogent evidence is required to hurdle it. The reviewing court should not approach copying from a sceptical perspective, but from the perspective imposed by the presumption of judicial integrity and impartiality. In deciding whether the presumption is rebutted the court should consider the nature of the case, what was copied, the extent of the copying, how it functions in the reasons as a whole, and any other relevant circumstances.

[52] In this case, the defendants rely on the extent of the copying, the quality of the copying, the lack of attribution for the copying, the nature of the case and the failure to fulfill the basic functions of reasons for judgment.

(a) *Extent of the Copying*

[53] The copying, as already discussed, was extensive. The judgment consisted of 368 paragraphs. Only 47 were predominantly in the judge's own words; the balance of 321 paragraphs was copied (with editorial changes) from the plaintiffs' submissions.

[54] As discussed, extensive copying does not in itself show that the reasons were not those of the judge. It may simply reflect the judge's decision that he was persuaded by the material he copied and found it important. However, taken with other considerations, it may be a factor tending to show that the judge did not engage with the issues and make an impartial and independent decision on the evidence and the law, as his oath required him to do.

[55] In this case, the trial judge wrote some original paragraphs and made findings contrary to the submissions of the plaintiffs, the party from which he copied. Although most of what the trial judge wrote in his own words concerned uncontroversial facts, the fact that he did so makes it more difficult

attention sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon impartiale et indépendante, comme il devait le faire. La barre est haute, et une preuve convaincante est exigée pour la franchir. Le tribunal de révision ne devrait pas aborder la reproduction avec scepticisme, mais plutôt du point de vue imposé par la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires. Pour décider si la présomption est réfutée, la cour doit tenir compte de la nature de l'affaire, de ce qui est reproduit, de l'ampleur de la reproduction, de son rôle dans l'ensemble des motifs et de toute autre circonstance pertinente.

[52] En l'espèce, les défendeurs se fondent sur l'ampleur de la reproduction, sur sa qualité, sur le défaut de mentionner les sources, sur la nature de l'affaire et sur le défaut des motifs du jugement de remplir leurs fonctions fondamentales.

a) *L'ampleur de la reproduction*

[53] Comme nous l'avons vu, de larges extraits ont été reproduits. Le jugement comportait 368 paragraphes. Seuls 47 paragraphes étaient formulés principalement dans les propres mots du juge; les 321 autres paragraphes reproduisaient (avec des modifications rédactionnelles) les prétentions des demandeurs.

[54] Comme nous l'avons vu, une reproduction de grande ampleur n'indique pas, à elle seule, que les motifs n'étaient pas ceux du juge. Elle peut simplement refléter l'opinion du juge que les documents qu'il a reproduits l'ont convaincu et qu'il les estimait importants. Toutefois, combinée à d'autres considérations, elle peut être un facteur tendant à démontrer que le juge n'a pas analysé les questions en litige et n'a pas rendu une décision impartiale et indépendante fondée sur la preuve et sur le droit, comme il y était tenu par son serment.

[55] En l'espèce, le juge de première instance a écrit quelques paragraphes originaux et a tiré des conclusions contraires aux prétentions des demandeurs, la partie dont il a reproduit les propos. Bien que la plus grande partie du texte écrit par le juge dans ses propres mots ait concerné des faits non

to infer that the judge failed to consider the issues impartially and that the reasons do not reflect the thinking of the trial judge.

(b) *Quality of the Copying*

[56] It is argued that errors in and omissions from what the judge copied show that he did not put his mind to the issues and decide the case impartially on the evidence and the law.

[57] First, the defendants point to the fact that the trial judge copied a portion of the plaintiffs' submissions that contained an error (the date of Dr. Yue's consultation letter) that the judge had pointed out in open court. This shows, it is argued, that he was simply cutting and pasting in a mechanical fashion, and not putting his mind to the contents.

[58] Had the error been one of substance, this would be troubling. However, it is of a more technical nature. Making a mistake as to the date of a letter does not offer convincing evidence that the trial judge did not put his mind to the substance of what was copied.

[59] Second, the defendants contend that the trial judge's incorporation of the plaintiffs' arguments on causation without discussing the defendants' criticism of them shows that he did not perform an independent causation analysis. They argue that the judge was simply cutting and pasting, and not putting his mind to the content of the material.

[60] As the cases show, adopting the arguments of one of the parties without referring to the other party's critique of them does not, without more, rebut the presumption of judicial impartiality. Nor are trial judges required to discuss every argument or alleged problem in arriving at a particular conclusion. Here the reasons, although in borrowed language, make it clear that the judge considered causation and made a decision on the issue. Any

contestés, l'existence de ce texte rend plus difficile d'inférer qu'il n'a pas examiné les questions en litige de façon impartiale et que les motifs ne reflètent pas son raisonnement.

b) *La qualité de la reproduction*

[56] On fait valoir que les erreurs et les omissions dans les extraits que le juge a reproduits démontrent qu'il n'a pas porté son attention sur les questions en litige et n'a pas tranché l'affaire de façon impartiale en se fondant sur la preuve et sur le droit.

[57] Premièrement, les défendeurs soulignent que le juge de première instance a reproduit un extrait des prétentions des demandeurs qui comportait une erreur (la date de la lettre de rapport de consultation de la D^{re} Yue) que le juge avait soulignée à l'audience. Cela démontre, fait-on valoir, qu'il n'a fait que copier-coller cet extrait mécaniquement, au lieu de porter son attention sur son contenu.

[58] S'il s'agissait d'une erreur de fond, cela serait troublant. Toutefois, l'erreur est de nature plus technique. Faire une erreur quant à la date d'une lettre ne permet pas de conclure que le juge de première instance n'a pas porté son attention sur le fond de l'extrait reproduit.

[59] Deuxièmement, les défendeurs prétendent que la simple incorporation par le juge de première instance des arguments des demandeurs sur le lien de causalité, sans examen des contre-arguments des défendeurs, démontre qu'il n'a pas effectué une analyse indépendante du lien de causalité. Ils soutiennent que le juge s'est contenté de copier-coller ces arguments plutôt que de porter son attention sur le contenu des documents.

[60] La jurisprudence démontre que le fait d'adopter les arguments d'une partie sans mentionner les contre-arguments de l'autre partie ne réfute pas à lui seul la présomption d'impartialité judiciaire. Les juges de première instance ne sont pas non plus tenus d'analyser chaque argument ou problème allégué pour arriver à une conclusion en particulier. En l'espèce, les motifs, bien que composés d'emprunts, indiquent clairement que le juge

error in that conclusion goes to the merits rather than the process.

[61] Third, the defendants argue that the failure of the judge to consider virtually any of the defendants' submissions (except those quoted in the plaintiffs' submissions) shows that he did not come to grips with the issues and the reasons do not reflect his own decision on them.

[62] Again, this criticism is inconclusive. Indeed, the fact that the judge accepted some of the defendants' submissions negates this inference. A comparison of the submissions of the plaintiffs and the reasons for judgment shows that the portions of the plaintiffs' submissions that the judge copied were edited before being published in the reasons. This suggests that the judge did not uncritically accept the material and put his mind to its contents and whether they reflected his views.

[63] I conclude that the quality of the copying would not lead a reasonable person to conclude that the copied material did not reflect the trial judge's own thinking and views.

(c) *Lack of Attribution*

[64] It is argued that the fact that the trial judge did not attribute the copied material to the plaintiffs supports the view that the reasons do not reflect the reasoning of the trial judge and undermines confidence that the portions copied reflect his own reasoning.

[65] As the previous discussion establishes, judicial writing is highly derivative and copying a party's submissions without attribution is a widely accepted practice. The considerations that require attribution in academic, artistic and scientific spheres do not apply to reasons for judgment. The judge is not expected to be original.

a examiné et tranché la question du lien de causalité. Toute erreur entachant sa conclusion serait une question de fond et non de processus.

[61] Troisièmement, les défendeurs font valoir que le fait que le juge n'a examiné pratiquement aucune des prétentions des défendeurs (à l'exception de celles citées dans l'argumentation des demandeurs) démontre qu'il ne s'est pas formé une opinion sur les questions en litige et que les motifs ne reflètent pas sa propre décision sur ces questions.

[62] Là encore, cette critique n'est pas convaincante. En effet, le fait que le juge a retenu certaines des prétentions des défendeurs invalide cette inférence. Une comparaison des prétentions des demandeurs et des motifs du jugement démontre que les extraits des prétentions des demandeurs que le juge a reproduits ont été modifiés avant d'être publiés dans les motifs. Cela indique que le juge n'a pas accepté aveuglément les documents et qu'il a porté son attention sur leur contenu et vérifié s'ils reflétaient son point de vue.

[63] Je conclus que la qualité de la reproduction n'amènerait pas une personne raisonnable à conclure que les extraits reproduits par le juge ne reflétaient pas son propre raisonnement et son propre point de vue.

c) *Le défaut de mentionner les sources*

[64] On soutient que le fait que le juge de première instance n'a pas attribué les documents reproduits aux demandeurs étaye le point de vue selon lequel les motifs ne reflètent pas son raisonnement et ébranle la certitude que les extraits reproduits reflètent son propre raisonnement.

[65] Comme nous l'avons établi précédemment, la rédaction judiciaire puise abondamment dans des sources externes et la reproduction des prétentions d'une partie sans mention de leur source est une pratique largement acceptée. Les considérations qui exigent la mention des sources dans les sphères universitaires, artistiques et scientifiques ne s'appliquent pas aux motifs du jugement. On ne s'attend pas à une création originale de la part du juge.

[66] Beyond this, it is difficult to understand how attributed copying is more likely to reflect the judge's thinking — or lack of thinking — than unattributed copying. In both cases, the judge has adopted the copied material as his own by putting it in his reasons.

(d) *Nature of the Case*

[67] The nature of the case is relevant in assessing whether incorporation of the material of others rebuts the presumption of judicial integrity and impartiality and justifies setting aside the judge's decision. Criminal cases, where the liberty of the accused is at stake, demand the high level of scrutiny described in *Teskey*. At the other end of the spectrum, straightforward motions in a civil case may require little more than a yes or no from the judge.

[68] The case before us is a civil case, but one of considerable complexity. Moreover, the judge's conclusions bore heavy consequences for the parties — a great deal of money was at stake, and the reputations of the doctors and Hospital staff were on the line.

[69] However, it does not follow from the fact that a case is complex and the judge's findings are important that the judicial incorporation of the material of others necessarily displaces the presumption of integrity. As discussed above, it is good practice in such cases for the judge to put the issues and his conclusions in his own words. But the question is not whether best practices were followed, but whether the copying constitutes cogent evidence that the judge failed to come to grips with the issues and decide them impartially and independently, as his oath required. If the answer to that question is yes, then the presumption of judicial integrity and impartiality is rebutted. If the answer is no, the judge's decision stands.

[66] En outre, il est difficile de comprendre en quoi la reproduction d'extraits de textes avec mention de leurs sources est plus susceptible de refléter le raisonnement du juge — ou l'absence de raisonnement — que leur reproduction sans mention des sources. Dans les deux cas, le juge a fait siens les documents reproduits en les introduisant dans ses motifs.

d) *La nature de l'affaire*

[67] La nature de l'affaire est pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'incorporation d'extraits d'autres sources dans un jugement réfute la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires et justifie l'annulation de la décision du juge. Les affaires criminelles, qui mettent en jeu la liberté de l'accusé, commandent le haut niveau d'examen décrit dans *Teskey*. À l'autre bout du spectre, les requêtes ordinaires dans une affaire civile peuvent n'exiger guère plus qu'un simple oui ou non de la part du juge.

[68] L'affaire dont nous sommes saisis est une affaire civile, mais fort complexe. De plus, les conclusions du juge avaient de lourdes conséquences pour les parties — une importante somme d'argent ainsi que la réputation des médecins et du personnel de l'hôpital étaient en jeu.

[69] Toutefois, le fait qu'une affaire soit complexe et que les conclusions du juge soient importantes ne veut pas dire que l'incorporation dans le jugement d'extraits d'autres textes réfute nécessairement la présomption d'intégrité. Comme nous l'avons déjà dit, il est indiqué pour le juge en pareil cas d'énoncer les questions en litige et ses conclusions dans ses propres mots. Toutefois, la question n'est pas de savoir si les meilleures pratiques ont été suivies, mais plutôt de savoir si la reproduction constitue une preuve convaincante que le juge ne s'est pas formé une opinion sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon impartiale et indépendante, comme son serment l'y obligeait. Si c'est le cas, la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires est réfutée. Dans le cas contraire, la décision du juge est maintenue.

[70] In this case, we agree with Smith J.A., dissenting, that despite the judge's extensive adoption of the plaintiffs' argument, the evidence does not show that he failed to put his mind to the critical issues and decide them independently and impartially. The reasons, read as a whole, show that the trial judge considered the issues and the arguments on both sides, and came to a conclusion on each of the main issues.

(e) *Functions Not Fulfilled*

[71] The Court of Appeal in this case correctly recognized that the issue was whether the trial judge's extensive incorporation of the plaintiffs' submissions rebutted the presumption of judicial integrity and impartiality. However, the majority of the Court of Appeal and the parties before this Court also discussed whether the reasons satisfied the basic functional requirements of informing the parties and the public of the reasons for the judge's decision and providing a basis for appellate review.

[72] As discussed above, this analysis is not applicable when the complaint, as here, is that the judge's wholesale incorporation of the material of others in reasons for judgment shows that he did not put his mind to the issues and decide them independently and impartially.

(f) *Summary*

[73] Despite extensive copying of the plaintiffs' closing arguments, the defendants' arguments do not rebut the presumption of judicial impartiality.

[74] Taking full account of the complexity of the case, and accepting that it would have been preferable for the trial judge to discuss the facts and issues in his own words, I cannot conclude that the

[70] En l'espèce, nous sommes d'accord avec le juge Smith, dissident en cour d'appel, pour dire que, même si le juge a adopté de larges extraits des prétentions des demandeurs, la preuve ne démontre pas qu'il n'a pas porté son attention sur les questions cruciales et qu'il ne les a pas tranchées de façon indépendante et impartiale. Les motifs, considérés globalement, indiquent que le juge de première instance a examiné les questions en litige et les arguments des deux parties et qu'il a tiré une conclusion relativement à chacune des questions principales.

e) *Les fonctions non remplies*

[71] En l'espèce, la Cour d'appel a reconnu à bon droit que la question à trancher consistait à déterminer si l'incorporation par le juge de première instance de larges extraits des prétentions des demandeurs a réfuté la présomption d'intégrité et d'impartialité. Néanmoins, les juges majoritaires de la Cour d'appel et les parties devant notre Cour ont débattu aussi de la question de savoir si les motifs répondaient aux exigences de leurs fonctions fondamentales d'informer les parties et le public des motifs de la décision du juge et de fournir matière à examen en appel.

[72] Comme je l'ai mentionné précédemment, cette analyse ne s'applique pas dans le cas où la contestation des motifs est fondée sur la prétention que l'incorporation en bloc, par le juge, d'extraits d'autres sources dans ses motifs de jugement démontre qu'il n'a pas porté son attention sur les questions en litige et ne les a pas tranchées de façon indépendante et impartiale.

f) *Résumé*

[73] Malgré la reproduction de larges extraits de l'argumentation finale des demandeurs, les arguments des défendeurs ne réfutent pas la présomption d'impartialité judiciaire.

[74] En tenant pleinement compte de la complexité de l'affaire et en acceptant qu'il aurait été préférable que le juge de première instance analyse les faits et les questions en litige dans ses propres

trial judge failed to consider the issues and make an independent decision on them. On the contrary, the fact that he rejected some of the plaintiffs' key submissions demonstrates that he considered the issues independently and impartially. The absence in the reasons of an analysis of causation, and the alleged errors the reasons contain go, not to procedural unfairness, but to the substance of the reasons — whether the trial judge, having made his own decision, erred in law or made palpable and overriding errors of fact.

[75] It would have been better if the reasons had not copied extensively from the plaintiffs' submissions. However, to set aside the decision of the trial judge requires more. To rebut the presumption of judicial integrity, the defendants must establish that a reasonable person apprised of all the circumstances would conclude that the trial judge failed to consider and deal with the critical issues before him in an independent and impartial fashion. The defendants have not done so.

[76] The majority of the Court of Appeal acknowledged the need to displace the presumption of judicial integrity and impartiality before setting aside the judgment. It stated that “[t]he form of the reasons, substantially a recitation of the [plaintiffs'] submissions, is in itself ‘cogent evidence’ displacing the presumption of judicial integrity, which encompasses impartiality” (para. 127). In effect, the Court of Appeal held that the extensive copying *in itself* rebutted the presumption. The reasons of the trial judge, while imperfect, deal with all the salient aspects of the case. The fact that large portions were copied from the plaintiffs' submissions does not displace the presumption that the trial judge engaged with the issues and decided them in accordance with the law. I conclude that the judgment should not be set aside on the ground that the trial judge incorporated large parts of the plaintiffs' submissions in his reasons.

mots, je ne peux conclure qu'il n'a pas examiné les questions en litige et qu'il ne les a pas tranchées de façon indépendante. Au contraire, le fait qu'il a rejeté certaines des prétentions clés des demandeurs démontre qu'il a examiné les questions en litige de façon indépendante et impartiale. L'absence dans les motifs d'une analyse du lien de causalité et les prétendues erreurs qu'ils comportent ne concernent pas le caractère équitable de la procédure, mais le fond des motifs — soit la question de savoir si le juge de première instance, ayant rendu sa propre décision, a commis une erreur de droit ou a commis des erreurs de fait manifestes et dominantes.

[75] Il aurait été préférable que le juge de première instance ne reproduise pas de larges extraits des prétentions des demandeurs dans ses motifs. Toutefois, il en faut plus pour justifier l'annulation de sa décision. Pour réfuter la présomption d'intégrité judiciaire, les défendeurs doivent établir qu'une personne raisonnable informée de toutes les circonstances conclurait que le juge de première instance n'a pas examiné de façon indépendante et impartiale les questions cruciales qui lui avaient été soumises. Or, les défendeurs n'y sont pas parvenus.

[76] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reconnu que la présomption d'intégrité et d'impartialité judiciaires devait être réfutée pour que le jugement soit annulé. Ils ont affirmé que [TRADUCTION] « [l]a forme des motifs, reprenant essentiellement les prétentions des [demandeurs], constitue en soi une “preuve convaincante” qui réfute la présomption d'intégrité judiciaire, laquelle englobe la notion d'impartialité » (par. 127). La Cour d'appel a en effet statué que la reproduction de larges extraits réfutait *à elle seule* la présomption. Les motifs du juge de première instance, bien qu'imparfaits, traitaient tous les aspects essentiels de l'affaire. Le fait que de grandes parties des motifs reprenaient les prétentions des demandeurs ne réfute pas la présomption selon laquelle le juge de première instance a examiné les questions en litige et les a tranchées conformément au droit. Je conclus que la décision du juge de première instance ne doit pas être annulée pour cause de reproduction de larges extraits des prétentions des demandeurs dans ses motifs.

B. *Does the Judgment Disclose Errors of Law or Palpable and Overriding Errors of Fact?*

[77] Having concluded that the decision of the trial judge should not be set aside because his reasons incorporated large portions of the plaintiffs' submissions, the question is whether the trial judge's conclusions on the liability of the various defendants disclose error and should be set aside. It is common ground that to set aside the trial judge's conclusions, the party impugning the decision must demonstrate error of law or palpable and overriding error on questions of fact.

[78] The trial judge, to recap, found the Hospital, Nurse Bellini and Drs. Yue, Edris and Steele liable in negligence. He dismissed the claims against Nurse MacQueen and Nurse Verwoerd.

[79] The majority of the Court of Appeal, having concluded that the case must be returned for a new trial, did not deal with these issues. However, Smith J.A. in dissent considered the trial judge's findings on liability. He was of the view that the claim against Dr. Yue should be maintained on one of the grounds advanced, and that the claims against Dr. Edris, Dr. Steele, Nurse Bellini and the Hospital should be dismissed in their entirety. He suggested that he would have reduced damages, but declined from considering this issue in view of the new trial ordered by the majority.

[80] The plaintiffs argue that Smith J.A. erred in concluding that their claims against the defendants other than Dr. Yue should be dismissed. The defendant nurse and the Hospital cross-appeal and ask this Court to resolve the issues of liability and damages on the record before us, rather than send them back for a new trial. The defendant doctors asked for a new trial, but agreed during the oral hearing that it was open to this Court to substitute

B. *Le jugement comporte-t-il des erreurs de droit ou des erreurs de fait manifestes et dominantes?*

[77] Après avoir conclu que la décision du juge de première instance ne doit pas être annulée pour cause de reproduction de larges extraits des prétentions des demandeurs dans ses motifs, il s'agit maintenant de déterminer si ses conclusions relatives à la responsabilité des divers défendeurs comportent une erreur et devraient être annulées. Il est bien reconnu que les conclusions du juge de première instance ne peuvent être annulées que si la partie qui les conteste démontre qu'elles comportent une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante sur des questions de fait.

[78] Pour récapituler, le juge de première instance a conclu que l'hôpital, l'infirmière Bellini et les D^{rs} Yue, Edris et Steele étaient responsables pour cause de négligence. Il a rejeté les demandes contre les infirmières MacQueen et Verwoerd.

[79] La majorité de la Cour d'appel, ayant conclu que l'affaire devait être renvoyée pour faire l'objet d'un nouveau procès, n'a pas statué sur ces questions. Toutefois, le juge Smith, dans sa dissidence, a examiné les conclusions du juge de première instance sur la responsabilité. Il était d'avis que la demande contre la D^{re} Yue devrait être accueillie sur le fondement d'un des moyens invoqués, et que les demandes contre les D^{rs} Edris et Steele, l'infirmière Bellini et l'hôpital devraient être rejetées dans leur intégralité. Il a laissé entendre qu'il aurait réduit le montant des dommages-intérêts, mais a refusé d'examiner cette question en raison de la décision des juges majoritaires d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[80] Les demandeurs prétendent que le juge Smith a commis une erreur en concluant que leurs demandes contre les défendeurs autres que la D^{re} Yue devaient être rejetées. L'infirmière et l'hôpital défendeurs ont interjeté un appel incident et demandent à notre Cour de trancher les questions de la responsabilité et des dommages-intérêts sur le fondement du dossier qui nous a été présenté, plutôt que de les renvoyer pour examen dans le cadre

its own findings in the course of ordinary appellate review.

1. Liability of Dr. Yue

[81] The trial judge found Dr. Yue negligent for recommending a vaginal birth after caesarean section, or VBAC procedure, without verifying the orientation of the caesarean scar; for failing to obtain Ms. Cojocaru's informed consent to the VBAC procedure; and for failing to obtain her informed consent to induction of the birth.

(a) *Recommending the VBAC Procedure*

[82] The trial judge found that Dr. Yue breached the standard of care by failing to verify the orientation of the previous caesarean scar before recommending VBAC as a delivery option (para. 154).

[83] The issue is whether this conduct caused the harm Eric Cojocaru suffered. The trial judge concluded that causation was established because Ms. Cojocaru would not have attempted VBAC had Dr. Yue not recommended it (para. 216).

[84] Justice Smith held that the trial judge asked the wrong question. The proper question was whether Dr. Yue's failure to investigate the orientation of the scar caused the injury and loss. Had Dr. Yue investigated the scar, she would still have recommended VBAC. Hence, in his view, no causal connection was established between the negligence alleged and the injury.

[85] I agree with Smith J.A. The trial judge short-circuited the causation analysis when he found that "[t]he negligence complained of is negligence in recommending VBAC as a delivery option. Had

d'un nouveau procès. Les médecins défendeurs ont demandé la tenue d'un nouveau procès, mais ont convenu pendant l'audience qu'il était loisible à notre Cour de substituer ses propres conclusions dans le cadre d'un examen en appel ordinaire.

1. La responsabilité de la D^{re} Yue

[81] Le juge de première instance a conclu que la D^{re} Yue a fait preuve de négligence en recommandant un accouchement vaginal après césarienne ou AVAC, sans vérifier l'orientation de la cicatrice de la césarienne; en n'obtenant pas le consentement éclairé de M^{me} Cojocaru à l'AVAC; et en n'obtenant pas son consentement éclairé au déclenchement du travail.

a) *Recommandation de la méthode d'AVAC*

[82] Le juge de première instance a conclu que la D^{re} Yue avait manqué à la norme de diligence requise en ne vérifiant pas adéquatement l'orientation de la cicatrice de la césarienne antérieure avant de recommander un AVAC parmi les méthodes d'accouchement possibles (par. 154).

[83] Il s'agit de déterminer si cette conduite a causé le préjudice subi par Eric Cojocaru. Le juge de première instance a conclu que le lien de causalité avait été établi parce que M^{me} Cojocaru n'aurait pas tenté l'AVAC si la D^{re} Yue n'avait pas recommandé cette méthode d'accouchement (par. 216).

[84] Le juge Smith a conclu que le juge de première instance s'était posé la mauvaise question. Il fallait plutôt se demander si le défaut de la D^{re} Yue de déterminer plus précisément l'orientation de la cicatrice a causé le préjudice et la perte. Si la D^{re} Yue avait procédé à une vérification plus poussée de la cicatrice, elle aurait tout de même recommandé un AVAC. Ainsi, à son avis, aucun lien de causalité n'a été établi entre la négligence alléguée et le préjudice.

[85] Je suis d'accord avec le juge Smith. Le juge de première instance a court-circuité l'analyse sur le lien de causalité lorsqu'il a conclu que [TRADUCTION] « [l]a négligence reprochée est la négligence dans

Dr. Yue not done this, Ms. Cojocaru would have had a repeat caesarean section and the injury would indeed have been avoided” (para. 216). Rather, the trial judge should have asked himself what harm flowed from Dr. Yue’s alleged negligent act: failing to verify the orientation of the scar.

[86] VBAC is contra-indicated in patients who have a classical or inverted T incision uterine scar from a previous caesarean section. Dr. Yue formed the opinion that Ms. Cojocaru’s uterine scar was low transverse, and that Ms. Cojocaru was thus a candidate for VBAC. Dr. Yue’s only omission was her alleged failure to verify the orientation of the scar by obtaining the report from the Romanian operation.

[87] The purpose of obtaining the operative report was to verify that the uterine scar was low transverse. Since Ms. Cojocaru’s uterine scar was, in fact, low transverse, no harm flowed from Dr. Yue’s omission.

(b) *Liability for Failure to Obtain Informed Consent to the VBAC Procedure*

[88] The trial judge found Dr. Yue negligent in failing to obtain Ms. Cojocaru’s informed consent to the VBAC procedure. I would not interfere with this conclusion.

[89] The defendants argue that the trial judge made errors in assessing Dr. Yue’s evidence. In my view, while the trial judge made such errors, they could not have affected the result.

[90] Dr. Yue had little memory of Ms. Cojocaru, and instead testified as to her “invariable routine”. In finding that he could not rely on Dr. Yue’s “invariable routine”, the trial judge stated that Dr. Yue failed to chart *any* aspect of “her alleged conversation regarding the risks that she says were

la recommandation de l’AVAC comme l’une des méthodes d’accouchement possibles. Si la D^{re} Yue n’avait pas fait cette recommandation, M^{me} Cojocaru aurait eu une nouvelle césarienne et le préjudice aurait effectivement été évité » (par. 216). Le juge de première instance aurait plutôt dû se demander quel préjudice a découlé de la prétendue négligence de la D^{re} Yue : le défaut de vérifier l’orientation de la cicatrice.

[86] L’AVAC est contre-indiqué chez les patientes qui ont une cicatrice utérine classique ou en T inversé découlant d’une césarienne antérieure. La D^{re} Yue était d’avis que la cicatrice utérine de M^{me} Cojocaru était une cicatrice transversale basse et que M^{me} Cojocaru était donc une candidate à l’AVAC. La seule omission de la D^{re} Yue était son prétendu défaut de vérifier l’orientation de la cicatrice en n’obtenant pas le rapport de la chirurgie effectuée en Roumanie.

[87] L’obtention du rapport de chirurgie aurait eu pour but de vérifier que la cicatrice utérine de M^{me} Cojocaru était une cicatrice transversale basse. Puisqu’il s’agissait effectivement d’une cicatrice transversale basse, aucun préjudice ne découle de l’omission de la D^{re} Yue.

b) *La responsabilité pour le défaut d’obtenir un consentement éclairé à l’AVAC*

[88] Le juge de première instance a conclu que la D^{re} Yue a fait preuve de négligence en n’obtenant pas le consentement éclairé de M^{me} Cojocaru à l’AVAC. Je ne modifierais pas cette conclusion.

[89] Les défendeurs prétendent que le juge de première instance a commis des erreurs dans son appréciation du témoignage de la D^{re} Yue. À mon sens, bien que le juge de première instance ait commis de telles erreurs, celles-ci ne pouvaient avoir d’incidence sur le résultat.

[90] La D^{re} Yue ne se souvenait pas bien de M^{me} Cojocaru; son témoignage a plutôt porté sur sa [TRADUCTION] « façon invariable de procéder ». En concluant qu’il ne pouvait se fonder sur la « façon invariable de procéder » de la D^{re} Yue, le juge de première instance a déclaré qu’elle n’avait

explained to Ms. Cojocaru” (para. 98(d)). This was an overstatement. Ms. Cojocaru’s chart indicates that modes of delivery were discussed, and Dr. Yue’s consultation letter — written to the physician who referred Ms. Cojocaru — noted that the chance of success of VBAC was 80 percent, and the risk of uterine rupture was 1 in 200. However, the trial judge’s concern was not that the statistical risks were not discussed, but that “there is no indication that the significance of that statistic was brought home to Ms. Cojocaru” (para. 93). In fact, the trial judge concluded that even if Dr. Yue *did* convey the risk of 1 in 200, this was insufficient to obtain informed consent (para. 107). The trial judge’s misstatement with respect to the charts does not undermine his finding that Ms. Cojocaru’s consent was not sufficiently informed.

[91] Similarly, the trial judge was entitled to ignore the note “wants VBAC” written by Dr. Yue on Ms. Cojocaru’s chart. Although the defendants argue that this note is evidence that Ms. Cojocaru consented to the VBAC procedure, the note is ambiguous on the issue of whether the risks were sufficiently conveyed to Ms. Cojocaru. The trial judge was not required to minutely dissect every piece of evidence in his reasons.

[92] The trial judge also erred in his assessment of the consultation letter. As noted by the trial judge during oral argument, it was dictated the same day as Ms. Cojocaru’s appointment, not two days later. Furthermore, the trial judge erred by expecting that a letter to Ms. Cojocaru’s physician should detail Ms. Cojocaru’s language difficulties or explain the significance of statistical risks (see C.A. reasons, at paras. 65-67). However, the trial judge did not rely on this letter for an adverse finding of credibility; rather, he found that Dr. Yue’s “invariable routine” was not corroborated by this letter. The trial judge simply preferred the evidence of Ms. Cojocaru over

noté au dossier *aucun* des aspects de « sa présumée conversation concernant les risques qu’elle affirme avoir expliqués à M^{me} Cojocaru » (par. 98d)). Il s’agissait d’une exagération. Le dossier de M^{me} Cojocaru fait mention d’une discussion sur les méthodes d’accouchement, et le rapport de consultation envoyé par la D^{re} Yue au médecin qui lui avait adressé M^{me} Cojocaru indiquait que les chances de succès de l’AVAC étaient de 80 pour 100 et que le risque de rupture utérine était de 1 sur 200. Toutefois, la préoccupation du juge de première instance n’était pas que les risques statistiques n’avaient pas été exposés, mais que « rien n’indique qu’on a fait comprendre à M^{me} Cojocaru ce que cette statistique signifiait » (par. 93). En fait, le juge de première instance a conclu que, même si la D^{re} Yue lui a *effectivement* communiqué le risque de 1 sur 200, cela était insuffisant pour obtenir son consentement éclairé (par. 107). Les erreurs commises par le juge de première instance lorsqu’il a parlé du dossier médical n’ébranlent pas sa conclusion que le consentement de M^{me} Cojocaru n’était pas suffisamment éclairé.

[91] De même, le juge de première instance avait le droit d’ignorer la note [TRADUCTION] « veut un AVAC » que la D^{re} Yue avait écrite dans le dossier de M^{me} Cojocaru. Bien que les défendeurs prétendent qu’elle prouve que M^{me} Cojocaru a consenti à l’AVAC, cette note est ambiguë sur la question de savoir si M^{me} Cojocaru avait été suffisamment informée des risques. Le juge de première instance n’était pas tenu de décortiquer minutieusement chaque élément de preuve dans ses motifs.

[92] Le juge de première instance a également commis une erreur dans son évaluation du rapport de consultation. Comme l’a indiqué le juge de première instance durant la plaidoirie, il a été dicté le jour même du rendez-vous de M^{me} Cojocaru, et non deux jours plus tard. De plus, le juge de première instance a commis une erreur en s’attendant à ce qu’une lettre adressée au médecin de M^{me} Cojocaru doive détailler les difficultés de langage de M^{me} Cojocaru ou expliquer la signification des risques statistiques (voir les motifs de la Cour d’appel, par. 65-67). Toutefois, le juge de première instance ne s’est pas fondé sur ce rapport pour tirer une conclusion

that of Dr. Yue. His misapprehension of the letter is insufficient to overturn this finding.

[93] The evidence supports the trial judge's conclusion that Dr. Yue failed to adequately inform Ms. Cojocaru of the risks of VBAC.

[94] The evidence shows that Dr. Yue based her assessment of the risk of VBAC on an incorrect assumption about the reason for the Romanian caesarean section. Accordingly, she could not have fully informed her patient of the risks of VBAC.

[95] Dr. Yue concluded that Ms. Cojocaru's previous caesarean had been elective. On this basis, Dr. Yue advised Ms. Cojocaru that VBAC would have an 80 percent chance of success (trial reasons, at para. 103). This was in error. As found by the trial judge and supported by both the operative report and the Romanian obstetrician, Dr. Clepce, the Romanian caesarean section was undertaken for failure to progress (paras. 104-5). As Dr. Yue admitted, after a caesarean section for failure to progress, the likelihood of a successful VBAC is "significantly less than 80%" (accepted by the trial judge, at para. 106). Thus, Dr. Yue could not have properly advised her patient of the risks associated with VBAC.

[96] For these reasons, I conclude that the trial judge's finding of liability against Dr. Yue for failing to obtain Ms. Cojocaru's informed consent to VBAC should be affirmed.

(c) *Liability for Informed Consent to Induction*

[97] The trial judge found Dr. Yue liable for failure to obtain Ms. Cojocaru's informed consent to

défavorable sur la crédibilité; il a plutôt conclu qu'il ne corroborait pas la « façon invariable de procéder » de la D^{re} Yue. Le juge de première instance a simplement retenu le témoignage de M^{me} Cojocaru plutôt que celui de la D^{re} Yue. Son appréciation erronée du rapport est insuffisante pour infirmer sa conclusion.

[93] La preuve étaye la conclusion du juge de première instance que la D^{re} Yue n'a pas informé adéquatement M^{me} Cojocaru des risques d'un AVAC.

[94] La preuve démontre que la D^{re} Yue a fondé son évaluation des risques de l'AVAC sur une hypothèse erronée concernant la raison pour laquelle sa patiente avait subi une césarienne en Roumanie. Par conséquent, elle n'a pas pu l'informer pleinement des risques de l'AVAC.

[95] La D^{re} Yue a conclu que la césarienne antérieure de M^{me} Cojocaru était une césarienne programmée. Sur ce fondement, la D^{re} Yue a avisé M^{me} Cojocaru que les chances de succès d'un AVAC étaient de 80 pour 100 (motifs de première instance, par. 103). Il s'agissait d'une erreur. Comme l'a conclu le juge de première instance et comme le démontrent le rapport de chirurgie et le témoignage de l'obstétricien roumain, le D^r Clepce, la césarienne a été pratiquée en Roumanie parce que le travail ne progressait pas (par. 104-105). Comme l'a admis la D^{re} Yue, après une césarienne de cette nature, les chances de réussite d'un AVAC sont [TRADUCTION] « sensiblement inférieures à 80 pour 100 » (déclaration acceptée par le juge de première instance, par. 106). Ainsi, la D^{re} Yue n'aurait pas pu aviser adéquatement sa patiente des risques associés à un AVAC.

[96] Pour ces motifs, je suis d'avis de confirmer la conclusion du juge de première instance selon laquelle la D^{re} Yue doit être tenue responsable pour ne pas avoir obtenu le consentement éclairé de M^{me} Cojocaru à un AVAC.

c) *La responsabilité à l'égard du consentement éclairé au déclenchement*

[97] Le juge de première instance a conclu que la D^{re} Yue était responsable pour ne pas avoir

induction of the birth. Justice Smith would have upheld this finding.

[98] I cannot agree. The trial judge failed to conduct a separate causation analysis for the failure to obtain informed consent to *induction*, as distinct from the failure to obtain informed consent to VBAC. In my view, there is no evidence to support a causal relationship between the induction and the harm suffered.

[99] There was no evidence to suggest that the alternative to induction — and, thus, the course of action that would have been followed had induction been refused — was a scheduled caesarean section. The most that can be said is that if Ms. Cojocaru had refused induction, her labour would not have been induced. The question is what harm flowed from the induction with prostaglandin gel.

[100] The trial judge neither explicitly nor implicitly found that the prostaglandin gel overstimulated the uterus and caused the uterine rupture. Although there is evidence to support his finding that induction increases the risk of uterine rupture, it does not go so far as to show a causal relationship between the induction and the rupture in this case.

[101] I would not sustain the finding of liability against Dr. Yue on this basis.

2. Liability of Dr. Edris

[102] The trial judge held that Dr. Edris's conduct failed to meet the requisite standard of care because he induced labour without ascertaining the orientation of Ms. Cojocaru's uterine scar (para. 172).

[103] Justice Smith held that this finding was in error because there was no causal connection

obtenu le consentement éclairé de M^{me} Cojocaru au déclenchement du travail. Le juge Smith aurait confirmé cette conclusion.

[98] Je ne saurais être d'accord. Le juge de première instance n'a pas effectué d'analyse indépendante du lien de causalité relativement au défaut d'obtenir un consentement éclairé au *déclenchement*, qu'il faut distinguer du défaut d'obtenir un consentement éclairé à l'AVAC. À mon sens, aucun élément de preuve n'étaye une relation de cause à effet entre le déclenchement et le préjudice subi.

[99] Rien dans la preuve n'indique que la solution de rechange au déclenchement — et, par conséquent, l'approche médicale qui aurait été appliquée si M^{me} Cojocaru avait refusé le déclenchement — était une césarienne programmée. On ne peut rien dire de plus que son travail n'aurait pas été déclenché si elle avait refusé le déclenchement. La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir quel préjudice a découlé du déclenchement avec le gel de prostaglandine.

[100] Le juge de première instance n'a ni explicitement ni implicitement conclu que le gel de prostaglandine a surstimulé l'utérus et causé la rupture utérine. Bien que la preuve permette d'étayer sa conclusion que le déclenchement augmente le risque de rupture utérine, elle ne va pas jusqu'à démontrer une relation de cause à effet entre le déclenchement et la rupture en l'espèce.

[101] Je suis d'avis de ne pas confirmer la conclusion de responsabilité contre la D^e Yue sur ce fondement.

2. La responsabilité du D^e Edris

[102] Le juge de première instance a conclu que la conduite du D^e Edris ne répondait pas à la norme de diligence requise parce qu'il a déclenché le travail sans vérifier l'orientation de la cicatrice utérine de M^{me} Cojocaru (par. 172).

[103] Le juge Smith a estimé que cette conclusion était une erreur parce qu'il n'existait aucun

between the alleged negligence — failure to ascertain the position of the scar — and the injury. I agree.

[104] Ms. Cojocaru had a low transverse scar, and was thus not contra-indicated for either induction or VBAC. The trial judge's findings that Dr. Edris was uncertain of the scar's orientation and that he did not discuss this uncertainty with the on-call obstetrician, Dr. Steele, are of no moment. If Dr. Edris had ascertained the orientation of the scar, he would nevertheless have proceeded with the induction. Moreover, there is no evidence that the induction caused the uterine rupture.

3. Liability of Dr. Steele

[105] Dr. Steele was the on-call obstetrician. When Nurse Bellini spoke with him at 18:05 to report on Ms. Cojocaru's condition, he was in his car and on his way to another hospital. He did not return to the B.C. Women's Hospital until after the delivery.

[106] The trial judge found Dr. Steele negligent on two counts: first, for failing to assess Ms. Cojocaru earlier in the day (he criticized Dr. Steele for not having attended at any point between 10:00 and the emergency); and second, for failing to attend on her immediately when he spoke to Nurse Bellini. Instead, the trial judge said, "he left the hospital" (para. 173).

[107] Justice Smith held that these conclusions were based on a misapprehension of the evidence and absolved Dr. Steele of liability. In his view, the evidence failed to establish a causal link between Dr. Steele's actions and the injury. I agree.

[108] First, there was no evidence to support the view that Dr. Steele's failure to assess Ms. Cojocaru earlier in the day was a departure from the prevailing professional practice. There were no signs of uterine rupture until after 17:45. All the evidence

lien de causalité entre la négligence alléguée — le défaut de vérifier la position de la cicatrice — et le préjudice. Je suis d'accord.

[104] M^{me} Cojocaru présentait une cicatrice transversale basse, de sorte que ni le déclenchement ni l'AVAC n'étaient contre-indiqués. Les conclusions du juge de première instance portant que le D^r Edris n'était pas certain de l'orientation de la cicatrice et qu'il n'a pas discuté de cette incertitude avec l'obstétricien de garde, le D^r Steele, sont sans importance. Si le D^r Edris avait vérifié l'orientation de la cicatrice, il aurait malgré tout procédé au déclenchement. De plus, rien ne prouve que le déclenchement a causé la rupture utérine.

3. La responsabilité du D^r Steele

[105] Le D^r Steele était l'obstétricien de garde. Lorsque l'infirmière Bellini lui a parlé à 18 h 5 pour lui faire part de l'état de M^{me} Cojocaru, il était dans sa voiture, en route vers un autre hôpital. Il n'est retourné au B.C. Women's Hospital qu'après l'accouchement.

[106] Le juge de première instance a conclu que le D^r Steele avait fait preuve de négligence pour deux raisons : premièrement, pour ne pas avoir évalué M^{me} Cojocaru plus tôt dans la journée (il a reproché au D^r Steele de ne pas s'être rendu auprès d'elle entre 10 h et le moment de l'urgence); et deuxièmement, pour ne pas s'être occupé d'elle immédiatement lorsqu'il a parlé à l'infirmière Bellini. Le juge de première instance a affirmé que, plutôt, [TRADUCTION] « il a quitté l'hôpital » (par. 173).

[107] Le juge Smith a estimé que ces conclusions étaient fondées sur une mauvaise appréciation de la preuve et a déchargé le D^r Steele de toute responsabilité. À son avis, la preuve n'établissait aucun lien de causalité entre les actes du D^r Steele et le préjudice. Je suis d'accord.

[108] Premièrement, rien ne permettait de conclure que le défaut du D^r Steele d'évaluer M^{me} Cojocaru plus tôt dans la journée constituait un écart par rapport à la pratique professionnelle courante. Elle ne présentait aucun signe de rupture utérine avant

supports the view that as the on-call obstetrician, Dr. Steele was entitled to rely on the obstetrical residents, Dr. Edris and Dr. Green, and the nursing staff to care for Ms. Cojocaru. He expected to be called when needed.

[109] Second, as for his failure to attend on Ms. Cojocaru when he spoke with Nurse Bellini at 18:05, it is clear on the evidence that even if Dr. Steele had been present at that time — or at 18:00 when the trial judge found that the nurses first should have called a doctor — it would have made no difference. As discussed below, the Hospital's only staffed operating room was occupied at that time — a fact which the trial judge failed to mention.

4. Liability of Nurse Bellini and the Hospital

[110] The trial judge found Nurse Bellini (and therefore the Hospital which employed her) liable in negligence for not observing and responding to the signs of uterine rupture earlier. He found that Nurse Bellini should have called Dr. Green, the obstetrical resident present at the Hospital, by 18:00 hours, and that had she done so, the injury would have been avoided.

[111] Justice Smith held that the evidence showed that even if Nurse Bellini had called Dr. Green at 18:00, the loss would not have been prevented, because the caesarean section could not have been performed in time to avoid the injury Eric suffered, due to lack of a staffed operating room. I agree.

[112] Eric was extruded from the ruptured uterus and deprived of oxygen and nutrients at 18:18 (trial reasons, at para. 206). The trial judge found (and, indeed, it was undisputed) that the baby needed to be delivered within 10-15 minutes of oxygen deprivation to avoid permanent brain damage (that is, by 18:28-18:33) (para. 220).

17 h 45. Tous les éléments de preuve étayant le point de vue selon lequel, en tant qu'obstétricien de garde, le D^r Steele avait le droit de s'en remettre aux résidents en obstétrique, les D^{rs} Edris et Green, et au personnel infirmier pour prendre soin de M^{me} Cojocaru. Il s'attendait à être appelé au besoin.

[109] Deuxièmement, s'agissant de son défaut de s'occuper de M^{me} Cojocaru lorsqu'il a parlé à l'infirmière Bellini à 18 h 5, la preuve démontre clairement que, même si le D^r Steele avait été présent à ce moment-là — ou à 18 h, heure à laquelle les infirmières auraient d'abord dû appeler un médecin selon le juge de première instance —, sa présence n'aurait rien changé. Comme nous le verrons plus loin, la seule salle d'opération dotée de personnel était occupée à ce moment-là — un fait que le juge de première instance n'a pas mentionné.

4. La responsabilité de l'infirmière Bellini et de l'hôpital

[110] Le juge de première instance a tenu l'infirmière Bellini et, par conséquent, l'hôpital qui l'employait, responsables de négligence pour ne pas avoir remarqué les signes de rupture utérine et agi en conséquence plus tôt. Il a conclu que l'infirmière Bellini aurait dû appeler le D^r Green, le résident en obstétrique présent à l'hôpital, au plus tard à 18 h et que, si elle l'avait fait, le préjudice aurait été évité.

[111] Selon le juge Smith, la preuve démontrait que, même si l'infirmière Bellini avait appelé le D^r Green à 18 h, la perte n'aurait pas été évitée parce que la césarienne n'aurait pas pu être pratiquée à temps pour éviter le préjudice subi par Eric, aucune salle d'opération dotée de personnel n'étant disponible. Je suis d'accord.

[112] Eric s'est retrouvé à l'extérieur de l'utérus rompu et privé d'oxygène et de substances nutritives à 18 h 18 (motifs de première instance, par. 206). Le juge de première instance a conclu (et personne n'a en fait contesté) que le bébé aurait dû être mis au monde dans les 10 ou 15 minutes suivant la privation d'oxygène pour éviter des lésions cérébrales permanentes (c'est-à-dire au plus tard entre 18 h 28 et 18 h 33) (par. 220).

[113] The critical question is this: If Nurse Bellini had called Dr. Green at 18:00 as the trial judge found she should have, could Eric have been born before 18:28 to 18:33, when permanent brain damage occurred? The answer to this question, on the evidence before us, is no. The only operating room with an anaesthetist was not available until shortly before 18:30. Ms. Cojocarú's operation commenced at the earliest possible time, 18:30, when the anaesthetist entered her operating room, and Eric was duly delivered at 18:41. Even if Nurse Bellini had sounded the alarm and called Dr. Green at 18:00 instead of having Nurse Verwoerd call him at 18:15, and if the caesarean section had been ordered within 10 minutes of that call, as appears likely, the result would have been the same because the operation could not have commenced before it did.

[114] The trial judge appears to have reasoned that because it took 26 minutes from the time of Nurse Verwoerd's call at 18:15 for Eric to be born, Eric would have been born by 18:26, before permanent brain damage, had Nurse Bellini made the call at 18:00 hours. However, this overlooked the fact that no operating room staffed with an anaesthetist was available until 18:30. On the evidence, it would not have been possible to get another anaesthetist in time to prevent the injury.

[115] I conclude that even if Nurse Bellini had observed and reacted to the signs of uterine rupture by 18:00, as the trial judge said she should have done, and even if Dr. Steele had attended personally when he was paged, Eric could not have been delivered in time to avoid permanent brain damage.

5. Conclusion

[116] The trial judge's finding of liability against Dr. Yue for failing to obtain Ms. Cojocarú's informed consent to VBAC should be affirmed. However, I agree with Smith J.A. that the trial

[113] La question cruciale est celle-ci : si l'infirmière Bellini avait appelé le D^r Green à 18 h comme elle aurait dû le faire selon le juge de première instance, Eric aurait-il pu naître avant que les lésions cérébrales permanentes surviennent entre 18 h 28 et 18 h 33? La réponse à cette question est non, au vu de la preuve dont nous disposons. La seule salle d'opération dotée d'un anesthésiste n'a été disponible que peu avant 18 h 30. La chirurgie de M^{me} Cojocarú a débuté le plus tôt possible, soit à 18 h 30, lorsque l'anesthésiste est entré dans la salle d'opération, et Eric a été dûment mis au monde à 18 h 41. Même si l'infirmière Bellini avait sonné l'alarme et appelé le D^r Green à 18 h, plutôt que de demander à l'infirmière Verwoerd de le faire à 18 h 15, et même si la décision de pratiquer une césarienne avait été prise dans les 10 minutes suivant cet appel, comme on peut le croire, le résultat aurait été le même parce que l'opération n'aurait pas pu commencer plus tôt.

[114] Le juge de première instance semble avoir conclu que, comme Eric est né 26 minutes après l'appel de l'infirmière Verwoerd à 18 h 15, il serait né au plus tard à 18 h 26, avant que les lésions cérébrales permanentes ne surviennent, si l'infirmière Bellini avait fait l'appel à 18 h. Toutefois, le juge n'a pas pris en compte le fait qu'aucune salle d'opération dotée d'un anesthésiste n'a été disponible avant 18 h 30. Au vu de la preuve, il n'aurait pas été possible d'obtenir un autre anesthésiste à temps pour prévenir le préjudice.

[115] Je conclus que, même si l'infirmière Bellini avait remarqué les signes de rupture utérine et avait agi en conséquence à 18 h, comme elle aurait dû le faire selon le juge de première instance, et même si le D^r Steele s'était rendu en personne auprès de la mère d'Eric lorsqu'il a été appelé, Eric n'aurait pas pu naître à temps pour éviter les lésions cérébrales permanentes.

5. Conclusion

[116] La conclusion du juge de première instance selon laquelle la D^{re} Yue est responsable pour ne pas avoir obtenu le consentement éclairé de M^{me} Cojocarú à l'AVAC doit être confirmée.

judge's findings of liability against Nurse Bellini, the Hospital, and Drs. Steele and Edris must be set aside.

6. Damages

[117] The trial judge assessed damages against the defendants he found liable in the sum of \$4,045,000, as follows (para. 367):

Non-Pecuniary Damages (Eric)	\$	321,000
Non-Pecuniary Damages (Ms. Cojocar)	\$	40,000
Income Loss/Loss of Earning Capacity	\$	850,000
Loss of Interdependent Relationship	\$	25,000
Future Care Costs	\$	2,665,000
"In Trust" Claim	\$	<u>144,000</u>
TOTAL	\$	<u>4,045,000</u>

[118] Justice Smith indicated that he would have reduced the damages against Dr. Yue (the only defendant found liable) but declined to go into the matter in light of the new trial ordered by the majority.

[119] The defendants challenge the trial judge's conclusions on the quantum of damages.

[120] In my view, the trial judge's findings on damages were supported by the evidence and disclose no palpable and overriding error that would justify appellate intervention. The defendants essentially ask this Court to re-weigh the evidence, something we cannot do.

[121] It is true that the trial judge overstated the matter when he referred to "clear and uncontradicted evidence" of "direct damage to Eric's cerebral hemispheres" (para. 239). In fact, the evidence was contested; indeed, it seems arguable that the weight of the evidence was that there was no damage to the cerebral hemispheres. However, there was some evidence, particularly in the reports

Toutefois, je conviens avec le juge Smith que les conclusions du juge de première instance relativement à la responsabilité de l'infirmière Bellini, de l'hôpital et des D^{rs} Steele et Edris doivent être annulées.

6. Les dommages-intérêts

[117] Le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts payables par les défendeurs reconnus responsables à 4 045 000 \$, comme suit (par. 367) :

Dommages non pécuniaires (Eric)	321 000 \$
Dommages non pécuniaires (M ^{me} Cojocar)	40 000 \$
Perte de revenus/Perte de capacité de gains	850 000 \$
Perte de relation d'interdépendance	25 000 \$
Coûts des soins futurs	2 665 000 \$
Réclamation à titre fiduciaire	<u>144 000 \$</u>
TOTAL	<u>4 045 000 \$</u>

[118] Le juge Smith a indiqué qu'il aurait réduit le montant des dommages-intérêts payables par la D^{re} Yue (la seule défenderesse jugée responsable), mais il a refusé d'examiner cette question en raison de la décision des juges majoritaires d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[119] Les défendeurs contestent les conclusions du juge de première instance sur le montant des dommages-intérêts.

[120] À mon avis, les conclusions du juge de première instance sur les dommages-intérêts étaient étayées par la preuve et ne présentent aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une intervention en appel. Les défendeurs demandent essentiellement à notre Cour de soupeser de nouveau la preuve, ce que nous ne pouvons faire.

[121] Il est vrai que le juge de première instance a exagéré lorsqu'il a fait référence à une [TRADUCTION] « preuve claire et non contredite » de « dommages directs aux hémisphères cérébraux d'Eric » (par. 239). En fait, la preuve était contestée; en effet, il semble possible de soutenir que, selon la prépondérance de la preuve, Eric n'a subi aucune lésion aux hémisphères cérébraux. Toutefois, le juge

of Dr. Kaushansky and Dr. Hahn, on which the trial judge was entitled to find that Eric suffered damage to his cerebral hemispheres. Accordingly, I cannot conclude that the trial judge committed reversible error in his assessment of the nature of Eric's injury.

[122] I am also of the view that the trial judge was entitled to give little weight to the defendant physicians' cost of care expert, Ms. Mageau. The trial judge found that she relied on a number of incorrect assumptions in her report. In arguing that the assumptions were well founded, the defendant physicians are asking this Court to re-weigh the evidence. Ms. Mageau based her assumptions on the findings of other experts, many of which were contradicted, and many of which the trial judge rejected. Accordingly, the trial judge was entitled to find that the assumptions underlying Ms. Mageau's report were incorrect.

V. Disposition

[123] I would allow the appeal. I would also allow the cross-appeal and reverse the order of the trial judge in part. The plaintiffs are entitled to damages against Dr. Yue in the amount assessed by the trial judge and to costs in the courts below and on the appeal here, payable by Dr. Yue. The actions against Nurse Bellini, the Hospital and Drs. Steele and Edris are dismissed. The defendants, Nurse Bellini and the Hospital are entitled to their costs on the cross-appeal alone, payable by the plaintiffs. As Drs. Edris and Steele did not cross-appeal, they are not entitled to costs.

Appeal and cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Pacific Medical Law, Vancouver;

de première instance disposait d'une certaine preuve, en particulier dans les rapports des D^{rs} Kaushansky et Hahn, lui permettant de conclure qu'Eric a subi des lésions aux hémisphères cérébraux. Par conséquent, je ne saurais conclure que le juge de première instance a commis, dans son évaluation de la nature du préjudice subi par Eric, une erreur qui justifierait une intervention en appel.

[122] Je suis également d'avis que le juge de première instance était en droit d'accorder peu de poids à l'opinion de M^{me} Mageau, l'experte des médecins défendeurs en matière de coûts des soins. Le juge de première instance a conclu qu'elle s'était fondée sur un certain nombre d'hypothèses erronées dans son rapport. En plaissant que ces hypothèses étaient bien fondées, les médecins défendeurs demandent à notre Cour de soupeser de nouveau la preuve. M^{me} Mageau a fondé ses hypothèses sur des conclusions d'autres experts, dont beaucoup ont été contredites, et dont beaucoup ont été rejetées par le juge de première instance. Par conséquent, le juge de première instance pouvait conclure que les hypothèses sous-tendant le rapport de M^{me} Mageau étaient erronées.

V. Dispositif

[123] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Je suis également d'avis d'accueillir l'appel incident et d'infirmer en partie l'ordonnance du juge de première instance. La D^{re} Yue paiera aux demandeurs le montant de dommages-intérêts fixé par le juge de première instance et les dépens relativement aux instances devant les juridictions inférieures et au pourvoi devant notre Cour. Les actions contre l'infirmière Bellini, l'hôpital et les D^{rs} Steele et Edris sont rejetées. L'infirmière Bellini et l'hôpital défendeurs ont droit à leurs dépens relativement au pourvoi incident seulement, payables par les demandeurs. Les D^{rs} Edris et Steele, n'ayant pas formé de pourvoi incident, n'ont pas droit aux dépens.

Pourvoi et pourvoi incident accueillis avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Pacific Medical Law, Vancouver;

Whitelaw Twining Law Corp., Vancouver; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal the British Columbia Women's Hospital and Health Centre and F. Bellini: Guild Yule, Vancouver.

Solicitors for the respondents Dale R. Steele, Jenise Yue and Fawaz Edris: Harper Grey, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Whitelaw Twining Law Corp., Vancouver; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident British Columbia Women's Hospital and Health Centre et F. Bellini : Guild Yule, Vancouver.

Procureurs des intimés Dale R. Steele, Jenise Yue et Fawaz Edris : Harper Grey, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Mihai Ibanescu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. IBANESCU

2013 SCC 31

File No.: 34653.

2013: May 15; 2013: May 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Section 258(1)(d.1) of Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyser reading above 80 mg of alcohol per 100 mL of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Evidence placing appellant’s blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether “straddle evidence” can rebut statutory presumption.

Held: The appeal should be allowed.

The straddle evidence in this case was admissible and the trial judge committed no error in finding that the statutory presumption had been rebutted. Nor did the trial judge commit any error in weighing the appellant’s other indicia of impairment.

Cases Cited

Applied: *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Dalphond and Bich JJ.A.), 2011 QCCA 2304, SOQUIJ AZ-50813303, [2011] J.Q. n° 18752 (QL), 2011 CarswellQue 13644, setting aside the accused’s acquittal and substituting a conviction. Appeal allowed.

Mihai Ibanescu *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. IBANESCU

2013 CSC 31

N° du greffe : 34653.

2013 : 15 mai; 2013 : 30 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Conduite d’un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — L’article 258(1)d.1) du Code criminel précise que, en l’absence de preuve à l’effet contraire, si l’alcooltest indique une alcoolémie supérieure à 80 mg d’alcool par 100 ml de sang ce résultat fait foi d’une alcoolémie supérieure à la limite légale au moment de la conduite du véhicule — Existence de preuve situant l’alcoolémie de l’appellant dans une fourchette chevauchant la limite légale lorsque ce dernier conduisait — Cette « preuve de chevauchement » peut-elle réfuter la présomption légale?

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La preuve de chevauchement était recevable et le juge du procès n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a conclu que la présomption légale avait été réfutée. Il n’a pas non plus commis d’erreur dans son appréciation des autres éléments donnant à penser que les facultés de l’appellant étaient affaiblies.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Dalphond et Bich), 2011 QCCA 2304, SOQUIJ AZ-50813303, [2011] J.Q. n° 18752 (QL), 2011 CarswellQue 13644, qui a écarté l’acquittal et y a substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli.

Rose-Mélanie Drivod, for the appellant.

Dennis Galiatsatos and *Benoit Lauzon*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — In *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, a majority of this Court — for the reasons of LeBel and Deschamps JJ. — held that straddle evidence is admissible to rebut the statutory presumption that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit at the time of driving, although there was disagreement on the issue of the probative value of this evidence. In our view, a statement of a legal principle that is accepted by a majority of the Court constitutes the opinion of the Court with respect to that legal principle. This is so even if some of the members of the Court who endorse that legal principle dissent from the majority's disposition of the appeal. Therefore, the straddle evidence in this appeal was admissible.

[2] With respect to the probative value of the evidence, we would adopt the reasons of LeBel J. in *Gibson* as setting out the appropriate test.

[3] Applying these principles, we would allow the appeal. LeBel J. in *Gibson* found that straddle evidence showing blood alcohol content between 40 mg of alcohol per 100 mL of blood, assuming an elimination rate of 20 mg per hour, and 82 mg, assuming an elimination rate of 10 mg, “may be capable of raising a reasonable doubt” as to whether the accused's blood alcohol content exceeded the legal limit at the time of driving; para. 72. The straddle range in this case was almost identical to LeBel J.'s example, placing the appellant's blood alcohol content within a range of 57 mg, assuming an elimination rate of 15 mg, and 83 mg, assuming a rate of 10 mg, at the time of driving. The trial judge who, in accordance with LeBel J.'s reasons in *Gibson*, weighed this evidence in the light of all of the evidence at trial, committed no legal error in finding that the statutory presumption had been rebutted. Nor did the trial judge commit any palpable or overriding errors in weighing the

Rose-Mélanie Drivod, pour l'appelant.

Dennis Galiatsatos et *Benoit Lauzon*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Dans *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, les juges majoritaires de la Cour, pour les motifs des juges LeBel et Deschamps, concluent à la recevabilité de la preuve de chevauchement pour réfuter la présomption légale selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite légale lorsqu'il était au volant. Toutefois, il y a désaccord quant à la question de la force probante de cette preuve. Selon nous, l'énoncé d'un principe juridique auquel souscrivent en majorité les juges de la Cour représente l'avis de la Cour sur ce principe juridique. Il en va ainsi malgré le fait que certains juges de la Cour qui adhèrent à ce principe sont dissidents pour ce qui est du dispositif du pourvoi. La preuve de chevauchement était donc recevable en l'espèce.

[2] En ce qui concerne la force probante de la preuve, nous souscrivons à l'opinion du juge LeBel dans *Gibson*.

[3] Sur le fondement de ces principes, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Dans l'arrêt *Gibson*, le juge LeBel conclut qu'une preuve de chevauchement selon laquelle l'alcoolémie se situe entre 40 mg d'alcool par 100 ml de sang, à supposer que le taux d'élimination soit de 20 mg par heure, et 82 mg, à supposer qu'il soit de 10 mg par heure, « pourrait soulever un doute raisonnable » quant à savoir si l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite légale lorsqu'il était au volant (par. 72). Dans la présente affaire, la fourchette est presque identique à celle donnée en exemple par le juge LeBel et situe l'alcoolémie de l'appelant lors de l'infraction alléguée entre 57 mg, à raison d'une élimination de 15 mg par heure, et 83 mg, à raison d'une élimination de 10 mg par heure. Conformément aux motifs du juge LeBel dans *Gibson*, le juge du procès a soupesé cet élément de preuve au regard de l'ensemble de la preuve offerte au procès et il n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a conclu à

appellant's other indicia of impairment (2009 QCCQ 4279 (CanLII)).

[4] Accordingly, we would allow the appeal and reinstate the appellant's acquittal at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Schurman, Longo, Grenier, Montréal.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

la réfutation de la présomption légale. Il n'a pas non plus commis d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation des autres éléments donnant à penser que les facultés de l'appelant étaient affaiblies (2009 QCCQ 4279 (CanLII)).

[4] En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement de l'appelant prononcé en première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Schurman, Longo, Grenier, Montréal.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Cathie Gauthier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener***INDEXED AS: R. v. GAUTHIER****2013 SCC 32**

File No.: 34444.

2012: December 13; 2013: June 7.

Present: LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Criminal law — Defences — Charge to jury — Defences that are incompatible in theory — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Whether it was appropriate to exclude defence of abandonment from defences put to jury on basis that it was incompatible with defence’s principal theory, absence of mens rea.

Criminal law — Defences — Abandonment — Participation in crime — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Essential elements of defence of abandonment in context of forms of participation in crime provided for in s. 21(1) and s. 21(2) of Criminal Code — Whether defence of abandonment raised by accused met air of reality test.

G was charged with being a party, together with her spouse, L, to the murder of their three children at the dawn of the year 2009. According to the Crown’s theory, G was a party to the murder in planning it as part of a murder-suicide pact and in supplying the murder weapon. She did not act to prevent the children from being poisoned with drinks served by her spouse, which contained Graval and oxazepam. Thus, she aided L to

Cathie Gauthier *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant***RÉPERTORIÉ : R. c. GAUTHIER****2013 CSC 32**

N° du greffe : 34444.

2012 : 13 décembre; 2013 : 7 juin.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis et Wagner.**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC**

Droit criminel — Moyens de défense — Exposé au jury — Défenses incompatibles en théorie — Accusée inculpée d’avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l’accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — La défense de renonciation devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l’appréciation du jury en raison de son caractère incompatible avec la thèse principale de la défense, soit l’absence d’intention coupable?

Droit criminel — Moyens de défense — Renonciation — Participation criminelle — Accusée inculpée d’avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l’accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — Éléments essentiels à l’existence d’une défense de renonciation dans le contexte de la participation criminelle prévue aux par. 21(1) et 21(2) du Code criminel — La défense de renonciation invoquée par l’accusée répondait-elle au critère de la vraisemblance?

G a été accusée d’avoir participé avec son conjoint L au meurtre de leurs trois enfants à l’aube de l’année 2009. Selon la thèse du ministère public, G aurait participé au meurtre en planifiant le tout au moyen d’un pacte de meurtre-suicide et en fournissant l’arme du crime. Elle aurait omis d’intervenir afin d’empêcher les enfants d’être intoxiqués par les boissons servies par son conjoint, lesquelles contenaient du Graval et de l’oxazepam. Elle

kill the children. At her jury trial, G submitted in her defence that she had not bought the medication to poison her children, that she was in a dissociative state on December 31, 2008 when she wrote some incriminating documents, and that this state meant she could not have formed the specific intent to commit the murders. In the alternative, should her argument based on the absence of *mens rea* be rejected, she claimed to have abandoned the common purpose of killing the children and to have clearly communicated her intention to do so to her spouse. The jury found G guilty of the first degree murder of her three children. The Court of Appeal upheld the guilty verdict, concluding that the trial judge had not erred in refusing to put the defence of abandonment to the jury, since it was incompatible with the defence's principal theory.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: There is no cardinal rule against putting to a jury an alternative defence that is at first glance incompatible with the primary defence. The issue is not whether such a defence is compatible or incompatible with the primary defence, but whether it meets the air of reality test. In any case, the trial judge must determine whether the alternative defence has a sufficient factual foundation, that is, whether a properly instructed jury acting reasonably could accept the defence if it believed the evidence to be true.

The defence of abandonment must be submitted to the jury only if there is evidence in the record that is reasonably capable of supporting the necessary inferences in respect of each of the elements of this defence. The defence can be raised by an accused who is a party to an offence on the basis that he or she did or omitted to do anything for the purpose of aiding any person to commit the offence, or abetted any person in committing it (s. 21(1) of the *Criminal Code*), or on the basis that he or she had formed with other persons an intention to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and that an offence was committed in carrying out the common purpose (s. 21(2) of the *Criminal Code*), if the evidence shows (1) that there was an intention to abandon or withdraw from the unlawful purpose; (2) that there was timely communication of this abandonment or withdrawal from the person in question to those who

aurait donc aidé L à tuer les enfants. À son procès devant jury, G a soutenu en défense qu'elle n'a pas acheté les médicaments dans le but d'empoisonner les enfants, qu'elle était dans un état de dissociation le 31 décembre 2008 lorsqu'elle a rédigé des documents incriminants et que cet état l'empêchait de formuler l'intention spécifique de commettre les meurtres. Subsidiairement, dans la mesure où son argument fondé sur l'absence d'intention coupable ne serait pas retenu, elle a prétendu qu'elle avait abandonné le projet commun de tuer les enfants, intention qu'elle avait clairement signifiée à son conjoint. Le jury a déclaré G coupable du meurtre au premier degré de ses trois enfants. La Cour d'appel a maintenu le verdict de culpabilité et a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'abandon d'intention (ou défense de renonciation) puisqu'elle était incompatible avec la thèse principale de la défense.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Il n'existe pas de règle cardinale s'opposant à la présentation au jury d'un moyen de défense subsidiaire incompatible à première vue avec le moyen de défense principal. La question n'est pas de savoir si de telles défenses sont compatibles ou incompatibles avec la thèse principale, mais plutôt de déterminer si elles satisfont au critère de la vraisemblance. Dans tous les cas, le juge du procès doit vérifier si le moyen de défense subsidiaire a un fondement factuel suffisant, c'est-à-dire si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait y adhérer, s'il ajoutait foi à cette preuve.

La défense d'abandon d'intention doit être soumise au jury uniquement s'il existe au dossier une preuve raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires quant à l'existence de chacun des éléments de ce moyen de défense. Une telle défense peut être invoquée par l'accusé qui participe à une infraction en accomplissant ou en omettant d'accomplir quelque chose dans le but d'aider quelqu'un à la commettre ou en encourageant quelqu'un à la commettre (par. 21(1) du *Code criminel*), ou encore en formant avec d'autres le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et qu'une infraction est commise lors de la réalisation de cette fin commune (par. 21(2) du *Code criminel*), si la preuve permet d'établir les éléments suivants : (1) il existe une intention d'abandonner le projet criminel ou de s'en désister; (2) cet abandon ou ce désistement a été communiqué en temps utile par l'intéressé à ceux qui

wished to continue; (3) that the communication served unequivocal notice upon those who wished to continue; and (4) that the accused took, in a manner proportional to his or her participation in the commission of the planned offence, reasonable steps in the circumstances either to neutralize or otherwise cancel out the effects of his or her participation or to prevent the commission of the offence. There will be circumstances in which timely and unequivocal communication by the accused of his or her intention to abandon the unlawful purpose will be considered sufficient to neutralize the effects of his or her participation in the crime. But there will be other circumstances, primarily where a person has aided in the commission of the offence, in which it is hard to see how timely communication to the principal offender of the person's intention to withdraw from the unlawful purpose will on its own be considered reasonable and sufficient.

In this case, G's evidence that she communicated her withdrawal from the deadly plan and that her communication was timely and unequivocal is insufficient. The only relevant passage from her testimony is one in which she used the plural pronoun "we" (using the French pronoun "*on*" as an equivalent for the plural "*nous*") in saying "I told Marc we couldn't [do that]". But even if it were assumed that this evidence would be sufficient for a jury to reasonably conclude that G had communicated her intention to withdraw from the plan and that her communication was timely and unequivocal, that communication would not on its own have sufficed, in the circumstances of this case, for the judge to put the defence of abandonment to the jury. G did more than merely promise to take part in the murder-suicide pact. She supplied her spouse with the intoxicants he used to cause the children's deaths. She therefore had to do more either to neutralize the effects of her participation or to prevent the commission of the offence. For example, she could have hidden or destroyed the medication she had purchased, remained watchful and taken the children to a safe place for the evening, insisted that her spouse give her verbal confirmation of what he intended to do, or simply called the authorities. The record did not therefore contain evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have found that G had abandoned the common unlawful purpose, and could accordingly have acquitted her, if it believed the evidence to be true. The defence of abandonment therefore did not meet the air of reality test, and the trial judge was not required to put the defence to the jury.

désirent continuer; (3) la communication a servi d'avis non équivoque à ceux qui désirent continuer; (4) l'accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. Dans certaines circonstances, la communication en temps utile par l'accusé de son intention non équivoque d'abandonner l'entreprise illégale sera jugée suffisante pour neutraliser les effets de sa participation criminelle. En d'autres circonstances, et principalement dans les cas où une personne aide à la commission de l'infraction, il est difficile de concevoir que le simple fait pour cette personne de communiquer en temps opportun à l'auteur principal sa volonté de se retirer du projet d'infraction sera jugé raisonnable et suffisant.

En l'espèce, la preuve de G selon laquelle elle a communiqué de façon non équivoque et en temps utile son retrait du plan meurtrier est insuffisante. Le seul passage pertinent de son témoignage est celui où elle utilise le pronom « on » comme synonyme du pronom pluriel « nous », dans la phrase « j'ai dit à Marc que on pouvait pas [faire cela] ». Néanmoins, même en tenant pour acquis que cette preuve est suffisante pour qu'un jury puisse raisonnablement conclure que G a communiqué sa volonté de se retirer du plan de manière non équivoque et en temps utile, dans les circonstances de la présente affaire, cette communication n'était pas suffisante à elle seule pour autoriser le juge à soumettre la défense d'abandon aux jurés. Les gestes de G ne se sont pas limités à une simple promesse de participer au pacte de meurtre-suicide. G a fourni et mis à la disposition de son époux les substances intoxicantes utilisées par ce dernier pour provoquer la mort des enfants. En conséquence, elle devait faire davantage soit pour neutraliser les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. Elle aurait pu, par exemple, cacher ou détruire les médicaments achetés, demeurer vigilante et emmener les enfants dans un endroit sûr pour la soirée, insister pour obtenir une confirmation verbale de son époux au sujet de ses intentions ou tout simplement faire appel aux autorités. Il n'y avait donc au dossier aucune preuve permettant à un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure que G avait abandonné le projet d'infraction commun et ainsi de prononcer l'acquittement, s'il ajoutait foi à cette preuve. Partant, la défense d'abandon ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance, et le juge du procès n'était pas tenu de la soumettre aux jurés.

Per Fish J. (dissenting): Canadian courts have for more than 70 years held that the defence of abandonment comprises only two essential elements: (i) change of intention; and (ii) where practical and reasonable, timely and unequivocal notice of withdrawal. This test has been repeatedly and consistently applied in prosecutions under s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code* alike. The defence of abandonment does not require that the accused take steps to neutralize prior participation in the criminal enterprise or to prevent the commission of the offence. While such evidence may strengthen a defence of abandonment, failure to take neutralizing or preventative steps is not fatal.

In light of the state of the law universally accepted in Canada at the time of G's trial, it would be fundamentally unfair at this stage to fault her for failing to demonstrate anything more than a change of intention, plus timely and unequivocal notice of withdrawal from the murder-suicide pact. Since G's testimony provided some evidence on these two essential elements, there was an air of reality to the defence. The trial judge therefore erred by withholding the defence of abandonment from the jury. Incompatibility between G's defence of abandonment and her primary defence should not be relied upon to deprive the accused of a defence for which an air of reality has been established.

G testified that she told L his plan did not make sense and he "could not do it". She also told him that she did not want to be a part of it. She demonstrated her disapproval of the murder-suicide pact by tearing up two documents: a last will and testament written by her and a story of L's life containing references to the pact. She was convinced by his facial expression that the murder-suicide pact was off. This testimony provides some evidence that G no longer intended to participate in the murder-suicide pact and that she provided timely and unequivocal notice of this change of intention to the principal offender. That the evidence could have left the jury with a reasonable doubt as to G's guilt is all that was required. It was for the jury to determine whether G's words and conduct were believable and sufficient to demonstrate timely and unequivocal notice of withdrawal.

Le juge Fish (dissent) : Les tribunaux canadiens affirment depuis plus de 70 ans que le moyen de défense de la renonciation (ou défense d'abandon d'intention) comporte uniquement deux éléments essentiels : (i) un changement d'intention; (ii) un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun lorsqu'il est pratique et raisonnable de le faire. Ce critère a été appliqué régulièrement et à maintes reprises tant dans des poursuites engagées en application du par. 21(1) que dans d'autres intentées en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*. Le moyen de défense de la renonciation n'exige pas que l'accusé prenne des mesures pour annuler sa participation antérieure à l'entreprise criminelle ou empêcher la perpétration de l'infraction. Bien que la preuve de telles mesures puisse renforcer ce moyen de défense, l'absence de mesures d'annulation ou de prévention n'est pas fatale.

Il serait fondamentalement inéquitable à ce stade de reprocher à G de ne pas avoir démontré davantage qu'un changement d'intention et un avis non équivoque de retrait du pacte de meurtre-suicide donné en temps opportun, compte tenu de l'état du droit reconnu par tous au Canada au moment de son procès. Puisque le témoignage de G contient une certaine preuve de ces deux éléments essentiels, le moyen de défense était vraisemblable. Le juge du procès a donc commis une erreur en soustrayant le moyen de défense de la renonciation à l'examen du jury. Il ne faut pas s'appuyer sur l'incompatibilité entre le moyen de défense de la renonciation invoqué par G et son moyen de défense principal pour la priver d'un moyen de défense dont la vraisemblance a été établie.

G a affirmé avoir dit à L que son plan n'avait aucun sens et qu'il ne « pouvait pas faire ça ». Elle lui a également fait part de son refus d'y participer. Elle a manifesté son désaccord avec le pacte de meurtre-suicide en déchirant deux documents : un testament qu'elle avait rédigé et une biographie de L faisant état du pacte. En outre, l'expression faciale de ce dernier l'a convaincue que le pacte avait été abandonné. Ce témoignage contient une certaine preuve que G ne voulait plus participer au pacte de meurtre-suicide et qu'elle avait fait part sans équivoque de cette volte-face à l'auteur principal de l'infraction en temps opportun. Tout ce qui était nécessaire, c'était la possibilité qu'un doute raisonnable subsiste dans l'esprit du jury à propos de la culpabilité de G. Il appartenait au jury de décider si les propos et la conduite de G étaient crédibles et suffisants pour établir qu'un avis non équivoque de retrait avait été donné en temps opportun.

G is entitled to a fresh trial, where the jury will not be wrongly prevented from considering on its merits her defence of abandonment, however weak and unpromising this Court might believe it to be.

Cases Cited

By Wagner J.

Considered: *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; **referred to:** *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Bird*, 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638; *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII).

By Fish J. (dissenting)

R. v. Whitehouse (1940), 55 B.C.R. 420; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154; *R. v. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258; *R. v. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Johanson* (1995), 166 A.R. 60; *R. v. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 N.B.R. (2d) 256; *R. v. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL); *R. v. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284; *R. v. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117; *R. v. P.K.*, 2006 ABCA 299, 397 A.R. 318; *R. v. S.R.B.*, 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, rev'd 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638 (*sub nom. R. v. Bird*); *R. v. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166; *R. v. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII); *R. v. O'Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315); *R. v. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII); *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII); *R. v. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII); *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21.

Authors Cited

Campbell, Mark. "Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment" (2010), 14 *Can. Crim. L.R.* 1.

Manson, Allan. "Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions" (1989), 14 *Queen's L.J.* 85.

G a droit à un nouveau procès durant lequel le jury ne serait pas empêché à tort d'examiner sur le fond le moyen de défense de la renonciation qu'elle invoque, aussi faible et peu prometteur puisse-t-il paraître aux yeux de la Cour.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts examinés : *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Caron* (1998), 16 C.R. (5th) 276; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Bird*, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638; *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII).

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Whitehouse (1940), 55 B.C.R. 420; *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. c. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154; *R. c. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258; *R. c. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Johanson* (1995), 166 A.R. 60; *R. c. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 R.N.-B. (2^e) 256; *R. c. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL); *R. c. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284; *R. c. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117; *R. c. P.K.*, 2006 ABCA 299, 397 A.R. 318; *R. c. S.R.B.*, 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, inf. par 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638 (*sub nom. R. c. Bird*); *R. c. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166; *R. c. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII); *R. c. O'Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315); *R. c. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII); *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII); *R. c. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII); *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

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

Doctrine et autres documents cités

Campbell, Mark. « Turning Back the Clock : Aiders and the Defence of Abandonment » (2010), 14 *Rev. can. D.P.* 1.

Manson, Allan. « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions » (1989), 14 *Queen's L.J.* 85.

Smith, John C. Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Morin and Bouchard JJ.A.), 2011 QCCA 1395 (CanLII), SOQUIJ AZ-50774324, [2011] J.Q. n° 9850 (QL), 2011 CarswellQue 7766, upholding the accused's convictions for first degree murder. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

René Duval, for the appellant.

Sonia Rouleau, Régis Boisvert and Mélanie Paré, for the respondent.

Grace Choi and Christine Bartlett-Hughes, for the intervener.

English version of the judgment of LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. delivered by

WAGNER J. —

I. Overview

[1] Under Canadian law, individuals who intend to commit crimes may change their minds and avoid criminal liability by abandoning that intention. This appeal concerns, first of all, the circumstances in which a trial judge may put seemingly incompatible defences to a jury. Another question it raises is in what circumstances the trial judge must put the defence of abandonment to the jury in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] The appellant, Cathie Gauthier, was charged with being a party, together with her spouse, to the murder of their three children at the dawn of the

Smith, John C. Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Morin et Bouchard), 2011 QCCA 1395 (CanLII), SOQUIJ AZ-50774324, [2011] J.Q. n° 9850 (QL), 2011 CarswellQue 7766, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l'accusée. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

René Duval, pour l'appelante.

Sonia Rouleau, Régis Boisvert et Mélanie Paré, pour l'intimée.

Grace Choi et Christine Bartlett-Hughes, pour l'intervenant.

Le jugement des juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Le droit canadien admet qu'une personne qui a l'intention de commettre une infraction criminelle peut se raviser et ainsi échapper à la responsabilité criminelle en abandonnant cette intention. Le présent pourvoi porte tout d'abord sur les circonstances qui autorisent le juge du procès à soumettre à l'appréciation des membres d'un jury des moyens de défense en apparence incompatibles. Il soulève également la question de savoir dans quelles circonstances le juge du procès doit soumettre aux jurés la défense d'abandon d'intention (ou défense de renonciation) dans le contexte d'une participation criminelle selon les dispositions du par. 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] L'appelante, Cathie Gauthier, a été accusée d'avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants à l'aube de l'année 2009. Le

year 2009. On October 24 of that same year, upon completion of a trial by judge and jury, she was convicted on all three counts of first degree murder.

[3] She submits that the trial judge erred in deciding not to put to the jury the defence of abandonment of the common intention to kill the children. For reasons that differ from those of the Court of Appeal, I find that the judge did not err in doing so, and I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] The facts of this case reveal a set of circumstances, as dramatic as they were tragic, that engendered the despair that ultimately led to the murder of three young children.

[5] Before I discuss the questions of law raised by this appeal, a brief review of the facts is therefore in order.

[6] The appellant met Marc Laliberté in 2000 and decided to move in with him in Chibougamau with her daughter Joëlle from a previous union. The couple had two other children: Marc-Ange, born in 2001, and Louis-Philippe, born in 2004. They moved to Amos in 2002. Misfortune seemed to dog the family. The appellant was sexually assaulted, and this caused her considerable emotional distress as a result of which she was unable to leave the family home for very long. Marc Laliberté lost his mother and fell into a deep depression. Hoping for better luck, the family left Amos for Saguenay, where Kathie Ouellet, a childhood friend of the appellant's, lived. Marc Laliberté sold the family home and quit his job, and the family settled into their new surroundings. However, their new life got off to a rough start.

[7] Once in Saguenay, Marc Laliberté had difficulty finding a stable job and resigned himself to receiving employment insurance benefits. Meanwhile, the appellant was unable to hold on to the few short-term jobs she was able to find. In short,

24 octobre de la même année, au terme d'un procès devant juge et jury, elle a été reconnue coupable des trois chefs d'accusation de meurtre au premier degré des enfants.

[3] Elle soutient que le juge du procès a fait erreur lorsqu'il a décidé de ne pas présenter au jury la défense d'abandon du projet commun de tuer les enfants. Pour des motifs qui diffèrent de ceux de la Cour d'appel, je suis d'avis que le juge n'a pas commis d'erreur et je rejetterais l'appel.

II. Les faits

[4] Les faits du pourvoi révèlent un ensemble de circonstances, tout aussi dramatiques que tragiques, à l'origine du désespoir qui a ultimement conduit au meurtre de trois jeunes enfants.

[5] Il convient donc de rappeler brièvement les faits avant d'examiner les questions de droit soulevées par le pourvoi.

[6] L'appelante rencontre Marc Laliberté en 2000 et décide d'emménager avec lui à Chibougamau, en compagnie de sa fille Joëlle née d'une première union. Le couple aura deux autres enfants, Marc-Ange né en 2001 et Louis-Philippe en 2004. Ils déménagent à Amos en 2002. Le mauvais sort semble s'acharner sur la famille. L'appelante est agressée sexuellement, événement qui lui cause d'importantes souffrances psychologiques l'empêchant de s'éloigner du foyer familial trop longtemps. Marc Laliberté perd sa mère et sombre dans une profonde dépression. Espérant des jours meilleurs, la famille quitte Amos pour Saguenay, où habite une amie d'enfance de l'appelante, Kathie Ouellet. Marc Laliberté vend la maison familiale, quitte son emploi et la famille s'installe dans son nouvel environnement. La nouvelle vie s'annonce toutefois pénible.

[7] Une fois rendu à Saguenay, Marc Laliberté peine à dénicher un emploi stable et se résigne à recevoir des prestations d'assurance-emploi. L'appelante, pour sa part, ne peut conserver les quelques emplois précaires qu'elle parvient à

the couple encountered ever greater financial difficulties, and were forced to make an assignment in bankruptcy in October 2008.

[8] The holiday season was drawing near. On Christmas Eve, despite their bad luck, the couple decided to give the children the chance to enjoy this “festive” period. Marc Laliberté refused to pay the rent for December, and used the money so saved to buy numerous gifts for the children and for friends.

[9] On December 27, 2008, the appellant renewed her and her spouse’s prescriptions for oxazepam, a soporific drug used to treat anxiety attacks, giving false reasons for doing so early. She told the pharmacist that her spouse was going through a difficult period and that they were about to go on a trip. While at the drug store, she also purchased some children’s Gravol. That same day, the family went to Normandin to visit members of Marc Laliberté’s family for a few hours.

[10] On December 28, 2008, the appellant sent an e-mail message entitled [TRANSLATION] “a miracle, please” to the Fondation maman Dion in which, after recounting the family’s difficulties, she asked for help. She wrote: “. . . I would like a miracle for Dec. 31, 2008”.

[11] The evening of December 29, she visited her friend Kathie Ouellet and told her that she did not know what she would do with her children if her spouse was not there. The next day, the appellant gave her nicest clothes to Ms. Ouellet.

[12] On December 31, according to the appellant, her spouse spent the morning working on the computer, and he turned the screen off every time she came near. Around noon, he joined her in the kitchen. He told her that he had made a decision and that the whole family would be leaving together. He then dictated some documents to her that she wrote down like a robot, she said, after which she had no memory of what was in them. Marc Laliberté then left the house. According to the appellant, it was then that she noticed some papers left on the kitchen counter, and after reading them, she realized what

trouver. Bref, les difficultés financières s’accumulent et amènent le couple à faire cession de ses biens en octobre 2008.

[8] La période des Fêtes approche. À la veille de Noël, et malgré leur infortune, le couple décide néanmoins d’offrir aux enfants la chance de profiter de cette période qui se veut festive. Marc Laliberté refuse de payer le loyer du mois de décembre et consacre l’argent ainsi épargné à l’achat de nombreux cadeaux pour les enfants et les amis.

[9] Le 27 décembre 2008, l’appelante renouvelle, avant terme et sous de faux prétextes, sa prescription d’oxazépan — somnifère utilisé pour traiter les crises d’anxiété — et celle de son époux. Pour ce faire, elle explique à la pharmacienne que son époux traverse une période difficile et qu’ils sont sur le point de partir en voyage. Elle se procure à la même occasion du Gravol pour enfants. Le même jour, la famille se rend à Normandin pour une visite de quelques heures dans la famille de Marc Laliberté.

[10] Le 28 décembre 2008, l’appelante adresse à la Fondation maman Dion un courriel intitulé « un miracle s.v.p. » dans lequel, après avoir fait le récit des difficultés que traverse la famille, elle demande de l’aide. Elle écrit : « . . . j’aimerais un miracle pour le 31 déc. 2008 ».

[11] Le soir du 29 décembre, elle rend visite à son amie, Kathie Ouellet, et lui confie qu’elle ne sait pas ce qu’elle ferait avec les enfants sans son époux. Le lendemain, l’appelante donne ses plus beaux vêtements à Kathie Ouellet.

[12] Le 31 décembre, au dire de l’appelante, son époux consacre la matinée à travailler à l’ordinateur et ferme l’écran chaque fois qu’elle s’en approche. Vers midi, il la rejoint dans la cuisine et lui mentionne qu’il a pris une décision et que toute la famille va partir ensemble. Il lui dicte par la suite le contenu de documents qu’elle rédige comme un automate dit-elle, sans avoir aucun souvenir de leur contenu. Marc Laliberté quitte ensuite la maison. Selon l’appelante, c’est à ce moment qu’elle remarque la présence des papiers laissés sur le comptoir de la cuisine et que, après en avoir

was going on. When her spouse returned in the afternoon, she told him she did not agree with the murder-suicide pact, and she tore up the documents. She claimed to have understood from the expression on her spouse's face that he had resigned himself to abandoning the dark plan.

[13] The appellant testified that the rest of the day was uneventful. That evening, as planned, the family sat down in front of the television to watch a movie together. Marc Laliberté prepared some drinks and popcorn for all the family. Shortly after that, the appellant noticed that one of the boys had fallen asleep, and then she too fell asleep. She said she had not suspected that their drinks had been poisoned.

[14] The physical evidence that was filed included two torn-up documents that had been found in the garbage can: a handwritten joint will, in the appellant's hand, and a document prepared on the computer by Marc Laliberté in which he told his life's story. Another copy of the will, typed out and signed by both spouses, was found on the kitchen island. Three handwritten letters from Cathie Gauthier to her friend Kathie Ouellet, to her biological mother and to her last employer completed the evidence. All these letters mentioned that the couple had decided together to end their and their children's lives. Some empty medicine bottles, as well as the prescriptions for oxazepam and the drug store's sales slip dated December 27, 2008, were also found in the kitchen.

[15] During the evening of January 1, 2009, the appellant called the emergency services number, asked for an ambulance and told the operator that her left wrist was slit, saying that [TRANSLATION] "it was a pact, my husband killed our three children", and adding that "we told ourselves we wouldn't start 2009, but . . .".

[16] When first responders arrived on the scene, they found the appellant with an injured wrist and pronounced her spouse and their three children dead. The evidence shows that the children were

pris connaissance, elle se rend compte de ce qui se trame. Au retour de son époux, en après-midi, elle lui signifie son désaccord au sujet du plan de meurtre-suicide et déchire les documents. Selon ses dires, elle aurait compris, d'après l'expression faciale de son conjoint, que celui-ci s'était résigné à abandonner le sombre projet.

[13] Toujours selon le témoignage de l'appelante, le reste de la journée s'est déroulé sans événement particulier. Le soir, comme prévu, la famille s'assoit devant la télé pour visionner un film. Marc Laliberté a préparé des boissons et du maïs soufflé pour toute la famille. Peu après, l'appelante remarque qu'un des garçons s'est endormi, juste avant qu'elle ne s'endorme elle-même. Elle déclare ne pas avoir soupçonné que les boissons étaient empoisonnées.

[14] Suivant la preuve matérielle déposée, deux documents déchirés ont été découverts dans une poubelle, soit un testament conjoint manuscrit rédigé par l'appelante, ainsi qu'un document préparé à l'ordinateur par Marc Laliberté, dans lequel ce dernier fait le récit de sa vie. Une autre copie du testament, dactylographiée et signée par les deux conjoints, a été trouvée sur l'îlot de la cuisine. Trois lettres manuscrites adressées par Cathie Gauthier respectivement à son amie Kathie Ouellet, à sa mère biologique et à son dernier employeur complètent la preuve. Toutes font état de la décision commune du couple de mettre fin à leurs jours, ainsi qu'à ceux de leurs enfants. De plus, on a retrouvé dans la cuisine des flacons vides qui contenaient des médicaments, ainsi que les prescriptions d'oxazepam et la facture de la pharmacie datée du 27 décembre 2008.

[15] Dans la soirée du 1^{er} janvier 2009, l'appelante compose le numéro des services d'urgence, demande l'aide d'ambulanciers et souligne à la préposée qu'elle a le poignet gauche ouvert et dit « c'était un pacte, mon mari a tué nos trois enfants », puis ajoute « on se l'était dit qu'on commencerait pas l'année 2009, mais . . . ».

[16] Une fois arrivés sur les lieux, les premiers répondants trouvent l'appelante blessée au poignet, puis constatent le décès de son conjoint et de leurs trois enfants. La preuve révèle que les enfants ont

poisoned with Graval and oxazepam. Traces of oxazepam were also detected in the appellant, whose left wrist had allegedly been slit by her spouse, Marc Laliberté.

III. Trial by Judge and Jury

[17] At her jury trial, the appellant submitted in her defence that she had not bought the medication to poison her children, that she was in a dissociative state on December 31, 2008 when she wrote the incriminating documents, and that this state meant she could not have formed the specific intent to commit the murders. In the alternative, should her argument based on the absence of *mens rea* be rejected, she claimed to have abandoned the common purpose of killing the children and to have clearly communicated her intention to do so to her spouse.

[18] The Crown's theory was based on the proposition that the appellant was a party, together with her spouse, to the murder of her three children in that they planned it together as part of a murder-suicide pact and in that she supplied the murder weapon. She did not act on December 31, 2008 to prevent the children from being poisoned with the drinks containing the medication. Thus, she aided Marc Laliberté to kill the children.

[19] In his final instructions, the trial judge told the jury that three possible verdicts were open to it: first degree murder, second degree murder or acquittal. On whether it was appropriate to put the defence of abandonment of the common purpose to the jury, the judge pointed out to counsel, in the jury's absence, that when the defence of abandonment has come before Canadian courts, it has been in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(2) of the *Criminal Code*, and he questioned the availability of this defence in the context of s. 21(1). Although he mentioned the defence of abandonment in summarizing the argument of counsel for the appellant for the jury, the judge did not put this alternative defence to the jury. After three days of deliberations, the jury found the appellant guilty of the first degree murder of her three children.

été intoxiqués au Graval et à l'oxazepam. Des traces de cette seconde substance sont également décelées chez l'appelante, dont le poignet gauche aurait été lacéré par son conjoint, Marc Laliberté.

III. Procès devant juge et jury

[17] À son procès devant jury, l'appelante a soutenu en défense qu'elle n'a pas acheté les médicaments dans le but d'empoisonner les enfants, qu'elle était dans un état de dissociation le 31 décembre 2008 lorsqu'elle a rédigé les documents incriminants et que cet état l'empêchait de formuler l'intention spécifique de commettre les meurtres. Subsidiairement, dans la mesure où son argument fondé sur l'absence d'intention coupable ne serait pas retenu, elle a prétendu qu'elle avait abandonné le projet commun de tuer les enfants, intention qu'elle avait clairement signifiée à son conjoint.

[18] La thèse du ministère public s'articule autour de la proposition selon laquelle l'appelante aurait participé avec son conjoint au meurtre de ses trois enfants en planifiant le tout au moyen d'un pacte de meurtre-suicide, et en fournissant l'arme du crime. Elle aurait omis d'intervenir le 31 décembre 2008 afin d'empêcher les enfants d'être intoxiqués par les boissons contenant les médicaments. Elle aurait donc aidé Marc Laliberté à tuer les enfants.

[19] Dans ses directives finales, le juge du procès a résumé les choix du jury aux trois verdicts suivants : meurtre au premier degré, meurtre au second degré ou acquittement. Relativement à l'opportunité de soumettre au jury la défense d'abandon du projet commun, le juge a signalé aux avocats, en l'absence du jury, que la jurisprudence canadienne traite de la défense d'abandon dans le contexte de la participation criminelle prévue au par. 21(2) du *Code criminel*, et il s'est interrogé sur la disponibilité de cette défense à l'égard de la participation criminelle visée au par. 21(1). Bien qu'il ait fait mention de la défense d'abandon d'intention lorsqu'il a résumé aux jurés la plaidoirie de l'avocat de l'appelante, le juge n'a pas soumis ce moyen de défense subsidiaire à l'appréciation du jury. Après trois jours de délibérations, le jury a déclaré l'appelante coupable du meurtre au premier degré de ses trois enfants.

[20] Cathie Gauthier appealed that decision to the Court of Appeal, which upheld the guilty verdict. Bouchard J.A. concluded that the trial judge had not erred in refusing to put the defence of abandonment to the jury. In his view, an alternative defence that is incompatible with the defence's principal theory cannot be put to the jury (2011 QCCA 1395 (CanLII)).

IV. Relevant Provisions

[21] Section 21 of the *Criminal Code* reads as follows:

21. (1) [Parties to offence] Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

(2) [Common intention] Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

V. Issues

[22] There are two main issues in this appeal. First, was it appropriate to exclude the defence of abandonment from the defences put to the jury on the basis that it was incompatible with the defence's principal theory, the absence of *mens rea*? If not, did the defence of abandonment meet the air of reality test? For the reasons that follow, I find that the answer to both these questions is no.

[20] Saisie du pourvoi de Cathie Gauthier contre cette décision, la Cour d'appel a maintenu le verdict de culpabilité. Le juge Bouchard a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'abandon d'intention. À son avis, un moyen de défense subsidiaire incompatible avec la thèse principale de la défense ne peut être présenté au jury (2011 QCCA 1395 (CanLII)).

IV. Les dispositions pertinentes

[21] L'article 21 du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

21. (1) [Participants à une infraction] Participent à une infraction :

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) [Intention commune] Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

V. Les questions en litige

[22] Deux questions sont au cœur du présent pourvoi. Premièrement, la défense d'abandon d'intention devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l'appréciation du jury en raison de son caractère incompatible avec la thèse principale de la défense, soit l'absence d'intention coupable? Dans le cas contraire, la défense d'abandon répondait-elle au critère de la vraisemblance? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il faut répondre négativement à ces deux questions.

VI. Analysis

A. *Was It Appropriate to Exclude the Alternative Defence of Abandonment From the Defences Put to the Jury Solely Because It Was Theoretically Incompatible With the Defence's Principal Theory?*

1. When It Is Appropriate to Put a Defence to the Jury

[23] It is well established that any defence with an air of reality should go to the jury (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 51). This Court has held that a defence meets the air of reality test if there is “(1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 82).

[24] The reason why the trial judge is required to screen the defences that can be put to the jury should be borne in mind. This requirement is essentially rooted in a concern not to confuse jurors by putting to them a defence that lacks an evidential foundation. This premise gives rise to two principles: On the one hand, a trial judge must put to the jury all defences that arise on the facts, regardless of whether they have been specifically raised by the accused. On the other hand, the judge must withhold from the jury any defences that lack an air of reality.

[25] The burden on the accused is merely evidential. If the trial judge properly applies the relevant principles, he or she must identify the evidence that is most favourable to the accused and assume it to be true, regardless of whether it was adduced or mentioned by the accused. The judge must not enquire into whether the witnesses are credible or assess the probative value of this evidence. If each element of a defence is supported by direct evidence or may reasonably be inferred from

VI. Analyse

A. *La défense subsidiaire d'abandon d'intention devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l'appréciation du jury pour la seule raison qu'elle est théoriquement incompatible avec la thèse principale de la défense?*

1. L'opportunité de présenter un moyen de défense aux membres du jury

[23] Il est acquis que tout moyen de défense qui satisfait au critère de la vraisemblance doit être soumis au jury (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 51). Notre Cour a établi qu'une défense satisfait à ce critère s'il existe « (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 82).

[24] Il convient de rappeler pourquoi le juge du procès a l'obligation de filtrer les défenses qui peuvent être soumises à l'appréciation des membres du jury. Cette obligation repose essentiellement sur le souci d'éviter de semer la confusion dans l'esprit des jurés en leur présentant un moyen de défense dénué de fondement probant. Deux principes découlent de cette prémisse. D'une part, le juge du procès doit soumettre aux membres du jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués eu égard aux faits, peu importe que l'accusé les ait expressément plaidés ou non. D'autre part, le juge est tenu de soustraire à l'appréciation du jury les moyens de défense qui sont dépourvus de vraisemblance.

[25] L'accusé a uniquement un fardeau de présentation. Lorsque le juge du procès applique adéquatement les principes pertinents, il doit dégager les éléments de preuve les plus favorables à l'accusé et les tenir pour avérés, qu'ils aient ou non été produits ou annoncés par ce dernier. Le juge ne doit pas aborder la question de la crédibilité des témoins ou apprécier la valeur probante de cette preuve. Ainsi, si chacun des éléments d'un moyen de défense est appuyé par une preuve directe ou

circumstantial evidence, the judge must put this defence to the jury.

2. Alternative Defences That Are Incompatible With the Defence's Principal Theory

[26] The Court of Appeal concluded, on the basis that the alternative defence of abandonment was incompatible with the appellant's principal theory, that the trial judge did not have to put this defence to the jury:

[TRANSLATION] In my opinion, the judge was right not to draw the jury's attention to this defence. I note that, according to the appellant, there was no suicide pact or planning, and she was in a dissociative state when her spouse told her of his plan for all of them to leave together. She could not therefore be allowed, if she were not believed, to change her story and maintain that she had pulled out of a plan whose existence she had been denying from the start. Taking part in a suicide pact and then pulling out of it is in itself plausible. However, that is not what the appellant is arguing. Rather, she is denying the very existence of such a pact and then claiming that she can pull out of it if she is not believed. The judge did not have to put to the jury this alternative defence that is incompatible with the appellant's principal theory . . . [para. 71]

[27] The Crown takes a more nuanced position, arguing that, because the effect of the appellant's primary defence — which was essentially based on a total absence of *mens rea* — was that the defence of abandonment lacked any factual foundation and could not therefore apply, this alternative defence did not meet the air of reality test:

[TRANSLATION] Refusing to take part in a plan and abandoning a plan are defences that are logically incompatible with one another. If, throughout the trial, the appellant denies intending to kill her children, how can she, if she is not believed in this regard, change her position and say that she withdrew from a plan whose existence she has previously denied? The defence of abandonment of a common purpose necessarily implies a recognition of having been a party to that common purpose, which the appellant has always denied. [R.F., at para. 57]

s'il peut raisonnablement être inféré de la preuve circonstancielle, le juge du procès doit soumettre ce moyen à l'appréciation du jury.

2. Les moyens de défense subsidiaires incompatibles avec la thèse principale de la défense

[26] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas l'obligation de soumettre au jury la défense subsidiaire d'abandon d'intention, parce que ce moyen était incompatible avec la thèse principale de l'appelante :

À mon avis, le juge a eu raison de ne pas attirer l'attention du jury sur ce moyen de défense. Je rappelle que, pour l'appelante, il n'y a pas eu de pacte de suicide, aucune planification et qu'elle était dans un état de dissociation lorsque son conjoint lui a fait part de son projet de partir tout le monde ensemble. Partant, elle ne saurait être admise à changer son fusil d'épaule si elle n'est pas crue et soutenir s'être retirée d'un plan qu'elle nie depuis le début. Prendre part à un pacte de suicide et se retirer par la suite est une chose plausible en soi. Ce n'est pas, toutefois, ce que plaide l'appelante. Elle nie plutôt l'existence d'un pareil pacte puis prétend pouvoir s'en retirer si elle n'est pas crue. Le juge n'avait pas à soumettre au jury ce moyen alternatif de défense incompatible avec la thèse principale de l'appelante . . . [par. 71]

[27] Adoptant une position plus nuancée, le ministère public soutient que la défense d'abandon d'intention ne satisfait pas au critère de la vraisemblance, parce que la défense principale invoquée par l'appelante — qui repose essentiellement sur l'absence totale d'intention coupable — a pour effet de priver le moyen subsidiaire de tout fondement factuel essentiel à son application :

Le refus de participer à un projet et l'abandon d'un projet sont logiquement deux défenses incompatibles. Si, tout au long du procès, l'appelante nie avoir eu l'intention de tuer ses enfants, comment peut-elle, si elle n'est pas crue à cet égard, adopter un discours différent et dire qu'elle s'est dissociée d'un projet qu'elle niait auparavant? La défense d'abandon d'un projet commun implique nécessairement une reconnaissance d'avoir été partie à ce projet commun : ce que l'appelante a toujours nié. [m.i., par. 57]

[28] In this case, I agree with the Court of Appeal, although for different reasons, that the defence of abandonment should not have been put to the jury. Let me explain this.

[29] In *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, which was mentioned in *R. v. Caron* (1998), 126 C.C.C. (3d) 84 (Que. C.A.), a case the Court of Appeal cited with approval, this Court stated that a judge does not have a duty to put to the jury an alternative defence whose factual foundation is incompatible with the defence's principal theory. In *Wu*, the accused, after having raised only an alibi defence at trial, argued on appeal that the trial judge had erred in not putting to the jury the alternative defences of self-defence and provocation. Lamont J. made the following comments:

The rule, therefore, that an accused person at trial is entitled to have the jury pass upon all his alternative defences is limited to the defences of which a foundation of fact appears in the record. Even then the rule, in my opinion, is not without exception, and one exception is, that it has no application where the accused, by the defence which he sets up at the trial, has negated the alternative defence for which he afterwards seeks a new trial.

... The defence that the accused was in Victoria at the time of the shooting was not only inconsistent with, but it negated the defence now sought to be set up. Under these circumstances I fail to see how any duty could rest on the trial judge to instruct the jury to consider an alternative defence which the accused, by the defence he did set up, declared had no foundation in fact. [p. 617]

[30] With respect, *Wu* does not stand for the proposition that a judge does not have a duty to put to the jury an alternative defence that is theoretically incompatible with the defence's principal theory. Rather, it reaffirms the cardinal rule that the trial judge need not — indeed must not — put to the jury a defence in respect of which there is no evidence

[28] En l'espèce, tout comme la Cour d'appel, mais pour des raisons différentes de cette dernière, je suis d'avis que la défense d'abandon d'intention ne devait pas être soumise à l'appréciation du jury. Je m'explique.

[29] Dans l'arrêt *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609, qui est mentionné dans l'arrêt *R. c. Caron* (1998), 16 C.R. (5th) 276 (C.A. Qué.), auquel la Cour d'appel réfère avec approbation, on a affirmé qu'un juge n'a pas l'obligation d'offrir au jury un moyen de défense subsidiaire dont le fondement factuel est contredit par la thèse principale de la défense. Dans cette affaire, après avoir invoqué uniquement une défense d'alibi en première instance, l'accusé a reproché en appel au juge du procès de ne pas avoir soumis au jury les moyens subsidiaires de légitime défense et de provocation. Le juge Lamont a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] Par conséquent, la règle voulant qu'au procès l'accusé ait droit de faire examiner par les jurés tous les moyens de défense subsidiaires qu'il invoque ne s'applique qu'à ceux pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier. Et même là, cette règle comporte à mon avis des exceptions, dont l'une est que la règle est inapplicable lorsque, en raison de la défense qu'il oppose au procès, l'accusé neutralise le moyen de défense subsidiaire qu'il compte invoquer, dans un second temps, pour demander la tenue d'un nouveau procès.

... Le moyen de défense selon lequel l'accusé se trouvait à Victoria au moment de la fusillade était non seulement incompatible avec celui qu'il souhaite maintenant invoquer, mais il avait pour effet de le réfuter. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment le juge du procès aurait pu avoir l'obligation de dire au jury de considérer un moyen de défense subsidiaire que l'accusé lui-même, par la défense qu'il a opposée, déclarait être dénué de fondement factuel. [p. 617]

[30] Avec égards, l'arrêt *Wu* n'appuie pas la proposition voulant que le juge n'ait pas l'obligation de soumettre au jury un moyen de défense subsidiaire théoriquement incompatible avec la thèse principale de la défense. Cet arrêt réaffirme plutôt la règle cardinale selon laquelle le juge du procès n'est pas tenu de soumettre — et ne doit d'ailleurs pas

in the record that would be sufficient, if it existed and if it were believed to be true, for a jury acting reasonably to accept the defence. This is clear from the comments of Lamont J. on this point, which read in full as follows:

There is no doubt that in the trial court an accused person is ordinarily entitled to rely upon all alternative defences for which a foundation of fact appears in the record, and, in my opinion, it makes no difference whether the evidence which forms that foundation has been given by the witnesses for the Crown or for the accused, or otherwise. What is essential is, that the record contains evidence which, if accepted by the jury, would constitute a valid defence to the charge laid. Where such evidence appears it is the duty of the trial judge to call the attention of the jury to that evidence and instruct them in reference thereto. The only evidence appearing in the record upon which even an argument could be founded that the accused shot in self defence is that of Irwin and Bodner that, prior to the shooting, the complainant was running after the accused and his companion, waving his arms and shouting in Oriental. What he was saying we do not know. If it were material to the defence to prove that the words amounted to provocation, the onus was upon the accused to prove what the words were. On any event provocation, which would reduce murder to manslaughter, is not a defence to the charge as laid. Shooting in self defence would constitute a valid defence provided the accused brings himself within sections 53 and 54 of the Criminal Code. It is justifiable to repel an unprovoked attack if the force used by the accused is not meant to cause death or grievous bodily harm and is not more than is necessary for the purpose of self defence. It is justified, even if it does cause death or grievous bodily harm, if it is done under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm to himself, and if he believes, on reasonable grounds, that it is necessary for his own preservation. There is no evidence in the record from which a jury could reasonably infer that the accused when he shot the complainant did so under a reasonable apprehension of death or bodily harm to himself, or that he reasonably believed that he could not otherwise save himself from bodily injury. [Emphasis added; pp. 616-17.]

soumettre — aux jurés une défense à l'égard de laquelle il n'y a au dossier aucune preuve qui, si elle existait et s'il y était ajouté foi, permettrait à un jury agissant raisonnablement d'adhérer à cette défense. Cette conclusion ressort de la lecture intégrale des propos du juge Lamont à ce sujet :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que, devant le tribunal, l'accusé a habituellement le droit d'invoquer tous les moyens de défense subsidiaires pour lesquels un fondement factuel ressort du dossier, et, selon moi, il est sans importance que la preuve constituant ce fondement ait été présentée par les témoins du ministère public, par ceux de l'accusé ou autrement. Ce qui est essentiel, c'est que le dossier renferme une preuve qui, si elle était acceptée par le jury, constituerait un moyen de défense valide à l'égard des accusations. En présence d'une telle preuve, il incombe au juge du procès d'attirer l'attention des jurés sur celle-ci et de leur donner des directives à son sujet. Les seuls éléments de preuve figurant au dossier sur lesquels on pourrait peut-être à la limite fonder l'argument que l'accusé a fait feu pour se défendre sont les déclarations de MM. Irwin et Bodner selon lesquelles, avant la fusillade, le plaignant poursuivait l'accusé et son camarade en agitant les bras et en criant dans une langue orientale. Nous ignorons ce qu'il a dit. S'il était important pour établir le bien-fondé de ce moyen de défense de prouver que les propos constituaient de la provocation, il incombait à l'accusé de prouver quels étaient ces propos. Quoi qu'il en soit, la provocation — qui permettrait de réduire l'accusation de meurtre à homicide involontaire coupable — n'est pas un moyen de défense à l'accusation telle qu'elle a été déposée. Faire feu sur quelqu'un pour se défendre constituerait un moyen de défense valide, à la condition que la situation de l'accusé relève des articles 53 et 54 du Code criminel. Un accusé peut justifier d'avoir utilisé la force pour repousser une attaque non provoquée si cette force ne visait pas à causer la mort ou de graves lésions corporelles et n'excédait pas ce qui était nécessaire pour se défendre. L'utilisation de la force est justifiée, même si celle-ci cause effectivement la mort ou de graves lésions corporelles, si la personne y a eu recours parce qu'elle craignait raisonnablement la mort ou de graves lésions corporelles et croyait, pour des motifs raisonnables, qu'il était nécessaire de le faire pour assurer sa propre sécurité. Le dossier ne renferme aucune preuve à partir de laquelle un jury pouvait raisonnablement déduire que, lorsqu'il a fait feu sur le plaignant, l'accusé l'a fait parce qu'il craignait raisonnablement la mort ou des lésions corporelles, ou qu'il croyait raisonnablement qu'il n'avait d'autre moyen d'éviter des lésions corporelles. [Je souligne; p. 616-617.]

[31] The passage from *Wu* quoted in the Court of Appeal's reasons, at para. 71, in support of the proposition that the trial judge is not required to put to the jury an alternative defence that is incompatible with the primary defence is merely an *obiter dictum* that could be a source of confusion and should not be relied on. An accused might, for example, raise an alibi defence and testify that he or she was not in the city where the crime was committed at the relevant time, whereas certain Crown witnesses say that the accused was at the scene of the crime but was highly intoxicated. Even though the defences of alibi and of self-induced intoxication are incompatible in theory, the trial judge should, in my view, put both of them to the jury if they both meet the air of reality test.

[32] More recently, in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, this Court clarified the principle that if two defences are theoretically incompatible, they can nevertheless be put to the jury so long as they both meet the air of reality test. Although Fish J. pointed out that it is dangerous to put theoretically incompatible defences to a jury, he saw no error in the trial judge's decision to put to the jury, in addition to the primary defence of automatism, the alternative defence of self-defence the accused wished to raise. Regarding the incompatibility of the two defences, Fish J. wrote the following, at para. 10:

... the particular defences in issue here — automatism and self-defence — are, as the Crown suggested on the hearing of this appeal, incompatible in theory, though perhaps not always in practice. That is because self-defence implies deliberate conduct that is at odds with the fundamental premise of automatism, a state of dissociative, involuntary conduct.

[33] Nevertheless, the Court had held in *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, that the trial judge had not erred in refusing to put the defence of provocation to the jury as an alternative to the primary defence of self-defence. Although it is true that these two

[31] Le passage de l'arrêt *Wu* cité dans les motifs de la Cour d'appel, au par. 71, à l'appui de la proposition selon laquelle le juge du procès n'est pas tenu de soumettre au jury une défense subsidiaire incompatible avec la défense principale, n'est qu'une remarque incidente qui peut prêter à confusion et qu'il faut se garder d'invoquer. À titre d'exemple, un accusé pourrait plaider une défense d'alibi et témoigner qu'il n'était pas dans la ville où le crime a été commis au moment pertinent. Par ailleurs, des témoins du ministère public pourraient venir dire qu'il se trouvait sur les lieux du crime, mais qu'il était dans un état d'ébriété avancé. Même si la défense d'alibi et celle d'intoxication volontaire sont en théorie incompatibles, j'estime que le juge qui préside un procès devrait soumettre ces deux défenses aux jurés si elles satisfont au critère de la vraisemblance.

[32] Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, notre Cour a clarifié le principe selon lequel deux défenses incompatibles en théorie peuvent néanmoins être soumises au jury, pour autant qu'elles satisfont au critère de la vraisemblance. Attirant l'attention sur les dangers que soulève la présentation au jury de défenses théoriquement incompatibles, le juge Fish n'a pas décelé d'erreur dans la décision du juge du procès de soumettre aux jurés le moyen subsidiaire de légitime défense qu'entendait plaider l'accusée, en plus de son argument principal, la défense d'automatisme. Au sujet de l'incompatibilité des deux défenses, le juge Fish s'est exprimé ainsi, au par. 10 :

... les moyens de défense particuliers en l'espèce — l'automatisme et la légitime défense — sont, comme l'a dit le ministère public à l'audition du présent pourvoi, incompatibles en théorie, même si ce n'est peut-être pas toujours le cas en pratique. Cela s'explique par le fait que la légitime défense suppose une conduite délibérée qui va à l'encontre de la prémisse fondamentale de l'automatisme, soit un état de dissociation et une conduite involontaire.

[33] Néanmoins, dans *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, la Cour a décidé que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense de provocation comme moyen subsidiaire, en plus de la thèse principale, à savoir la

defences are incompatible in theory — self-defence involves reasoned conduct, whereas provocation, on the contrary, presupposes a temporary loss of self-control — it is important to point out that the refusal was not based on this incompatibility. Rather, the Court found that there was no evidence in the record to support the argument that the accused had acted in the heat of passion. That case was not therefore one in which the effect of the primary defence was to deprive the alternative defence of the support of evidence that was actually in the record. In *Faid*, the defence of provocation quite simply did not meet the air of reality test, because there was no evidence related to its elements. *Faid* is one illustration of the principle that any defence with an air of reality should be put to the jury.

[34] In conclusion, there is no cardinal rule against putting to a jury an alternative defence that is at first glance incompatible with the primary defence. The issue is not whether such a defence is compatible or incompatible with the primary defence, but whether it meets the air of reality test. In any case, the trial judge must determine whether the alternative defence has a sufficient factual foundation, that is, whether a properly instructed jury acting reasonably could accept the defence if it believed the evidence to be true.

B. *If the Defence of Abandonment Was Not Incompatible With the Principal Theory, Did It Meet the Air of Reality Test?*

1. Essential Elements of the Defence of Abandonment

[35] The defence of abandonment had to be submitted to the jury only if there was evidence in the record that was reasonably capable of supporting the necessary inferences in respect of each of the

légitime défense. Bien qu'il soit vrai que ces deux moyens sont théoriquement incompatibles — la légitime défense impliquant une conduite raisonnée, alors que la provocation suppose au contraire la perte temporaire du pouvoir de se maîtriser —, il est important de souligner que le refus n'était pas fondé sur cette incompatibilité. La Cour a plutôt constaté qu'il n'y avait au dossier aucun élément de preuve étayant l'argument selon lequel les accusés auraient agi sous le coup de la colère. Il ne s'agissait donc pas d'une situation où la thèse principale avait pour effet de priver la défense subsidiaire d'éléments de preuve par ailleurs présents au dossier. Il ressort de l'arrêt *Faid* que la défense de provocation ne satisfaisait tout simplement pas au critère de la vraisemblance, parce que la preuve de ses éléments constitutifs n'avait jamais été établie. Cet arrêt est une illustration du principe suivant lequel tout moyen de défense vraisemblable doit être soumis à l'appréciation du jury.

[34] En conclusion, il n'existe pas de règle cardinale s'opposant à la présentation au jury d'un moyen de défense subsidiaire incompatible à première vue avec le moyen de défense principal. La question n'est pas de savoir si de telles défenses sont compatibles ou incompatibles avec la thèse principale, mais plutôt de déterminer si elles satisfont au critère de la vraisemblance. Dans tous les cas, le juge du procès doit vérifier si le moyen de défense subsidiaire a un fondement factuel suffisant, c'est-à-dire si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait y adhérer, s'il ajoutait foi à cette preuve.

B. *Si la défense d'abandon d'intention n'était pas incompatible avec la thèse principale, répondait-elle par ailleurs au critère de vraisemblance?*

1. Les éléments essentiels de la défense d'abandon

[35] La défense d'abandon d'intention devait être soumise au jury uniquement s'il existait au dossier une preuve raisonnablement susceptible d'étayer les inférences nécessaires quant à l'existence de chacun

elements of this defence. That being said, it is necessary to begin by identifying the essential elements of the defence.

[36] In Canadian law, the defence of abandonment, which has rarely been raised, was first referred to in *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.). That case concerned the application of the defence in the specific context of the offence of participation in a crime provided for in s. 21(2) of the *Criminal Code*.

[37] In that context, the relevant test — which was subsequently endorsed in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, and *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74 — was laid down as follows in *Whitehouse*, at p. 425:

I would not attempt to define too closely what must be done in criminal matters involving participation in a common unlawful purpose to break the chain of causation and responsibility. That must depend upon the circumstances of each case but it seems to me that one essential element ought to be established in a case of this kind: where practicable and reasonable there must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from those who wish to dissociate themselves from the contemplated crime to those who desire to continue in it. What is “timely communication” must be determined by the facts of each case but where practicable and reasonable it ought to be such communication, verbal or otherwise, that will serve unequivocal notice upon the other party to the common unlawful cause that if he proceeds upon it he does so without the further aid and assistance of those who withdraw. The unlawful purpose of him who continues alone is then his own and not one in common with those who are no longer parties to it nor liable to its full and final consequences.

[38] Thus, it was held that a defence of abandonment has three essential elements: (1) there must be an intention to abandon or withdraw from the unlawful purpose, (2) there must be timely communication of this abandonment or withdrawal from the person in question to those who wish to continue, and (3) the notice so communicated to those who continue to participate in the common purpose must be unequivocal.

des éléments de ce moyen de défense. Cela dit, encore faut-il d’abord dégager les éléments essentiels de la défense d’abandon.

[36] En droit canadien, bien qu’elle soit rarement invoquée, la défense d’abandon a été énoncée pour la première fois dans l’arrêt *R. c. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.). Il s’agissait, dans cette affaire, de circonscrire son application dans le contexte particulier de l’infraction de participation criminelle prévue au par. 21(2) du *Code criminel*.

[37] Dans ce contexte, l’analyse en question — qui a été citée subséquemment avec approbation dans *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226, et *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74 — a été formulée ainsi dans l’arrêt *Whitehouse*, p. 425 :

[TRADUCTION] Je ne suis pas d’avis de tenter de définir de manière trop précise ce qui doit être fait dans des affaires criminelles concernant la participation à une fin illégale commune pour briser le lien de causalité et de responsabilité. Cela doit dépendre des circonstances de chaque cas, mais il me semble qu’un élément essentiel devrait être établi dans un cas de ce genre : lorsque cela est possible et raisonnable, ceux qui désirent se dissocier du crime envisagé doivent communiquer en temps utile leur intention d’abandonner la fin commune à ceux qui désirent continuer dans sa réalisation. Ce qui constituerait une communication « en temps utile » doit être déterminé par les faits de chaque cas mais lorsque c’est possible et raisonnable cette communication doit être verbale ou autre et servira d’avis non équivoque à l’autre partie à la fin illégale commune que si elle continue dans la réalisation de celle-ci, elle le fera sans autre aide et appui de ceux qui se retirent. La fin illégale de celui qui continue seul lui revient alors entièrement et n’est pas commune à ceux qui désormais n’y participent plus et ne sont donc plus responsables de ses conséquences finales.

[38] On reconnaissait alors trois éléments essentiels à l’existence d’une défense d’abandon d’intention : (1) l’existence d’une intention d’abandonner le projet criminel ou de s’en désister, (2) la communication en temps utile de cet abandon ou de ce désistement par l’intéressé à ceux qui désirent continuer et (3) le caractère non équivoque de l’avis ainsi communiqué à ceux qui continuent à participer au projet commun.

[39] This appeal raises the issue of the application of the defence of abandonment in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*.

[40] The reasons for recognizing the defence of abandonment in Canadian law bear repeating. There are two policy reasons in criminal law for making this defence available to parties to offences. First, there is a need to ensure that only morally culpable persons are punished; second, there is a benefit to society in encouraging individuals involved in criminal activities to withdraw from those activities and report them.

[41] This Court implicitly acknowledged that the defence of abandonment applies in the context of s. 21(1) in *R. v. Bird*, 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638, in which it found that this defence did not meet the air of reality test in the case of an accused who had aided in the commission of a crime (see also *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII)). However, since the Court found that the defence did not have an air of reality in that case, it did not on that occasion rule on the content of the defence in the specific context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*.

[42] It is well established that the scope of the defence of abandonment varies from case to case, depending on the circumstances (see the above-quoted passage from *Whitehouse*, at p. 425). In *Kirkness*, Wilson J. expressed the opinion that the content of the defence of abandonment depends on the type of offence and on the degree and form of participation of the accused. She endorsed, at p. 115, the following comment by Professor Manson:

Looking at the defence of abandoned intention in respect of parties, the key issues relate to the quality of withdrawal from the original plan and whether more is required to exculpate. These questions take on different significance depending on the form of accomplice

[39] Le présent pourvoi soulève la question de l'application de la défense d'abandon dans le contexte de la participation criminelle définie au par. 21(1) du *Code criminel*.

[40] Il n'est pas inutile de réitérer les raisons qui justifient, en droit canadien, la reconnaissance de la défense d'abandon d'intention. Deux raisons de politique générale en matière criminelle expliquent la possibilité pour les participants à des infractions criminelles d'invoquer cette défense. D'une part, il y a l'impératif de veiller à ce que seules les personnes moralement coupables soient punies et, d'autre part, il y a l'avantage que tire la société du fait d'encourager les individus impliqués dans des activités infractionnelles à s'en désister et à les dénoncer.

[41] Dans *R. c. Bird*, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638, notre Cour a implicitement reconnu l'application de la défense d'abandon dans le contexte du par. 21(1), lorsqu'elle a conclu que ce moyen ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance dans le cas d'une accusée qui avait aidé à la commission du crime (voir aussi *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII)). Comme elle avait conclu que la défense d'abandon n'était pas vraisemblable, la Cour ne s'est cependant pas prononcée, à cette occasion, sur le contenu de ce moyen de défense dans le contexte particulier de la participation criminelle définie au par. 21(1) du *Code criminel*.

[42] Il est acquis que le champ d'application de la défense d'abandon varie selon les circonstances de chaque espèce (voir le passage cité ci-dessus de l'arrêt *Whitehouse*, p. 425). Dans l'arrêt *Kirkness*, la juge Wilson a exprimé l'avis que le contenu de la défense d'abandon est tributaire du type d'infraction, ainsi que du degré et de la forme de la participation de l'accusé. Elle a fait sienne, à la p. 115, l'observation suivante du professeur Manson :

[TRADUCTION] Si l'on examine le moyen de défense de l'intention abandonnée à l'égard des participants, les questions principales concernent la qualité du retrait du projet initial et la question de savoir s'il faut davantage pour se disculper. Ces questions ont une signification différente

liability in issue and the particular circumstances of a given case.

(A. Manson, “Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, at p. 95)

[43] Wilson J. also noted that there is a difference between the forms of participation in a crime provided for in s. 21(1) and s. 21(2), respectively, of the *Criminal Code*:

It is my view that since aiders and abettors have been treated differently from common intenders by Parliament, some difference between these two subsections must be recognized.

(*Kirkness*, at p. 116)

[44] Section 21(2) of the *Criminal Code* provides that a person who forms an intention to carry out an unlawful purpose in common with other persons is a party to an incidental offence committed by one of those other persons to the same extent as the person who actually committed it. This result derives from the first person’s promise to devote physical and intellectual resources to the achievement of the common unlawful purpose. The person’s liability in respect of the incidental offence therefore stems from his or her decision to participate in carrying out the unlawful purpose and to contribute resources needed to achieve it.

[45] In such a context, an intention to withdraw from the common purpose will — if a timely and unequivocal communication of this intention is addressed to the co-conspirators who persist in carrying out the unlawful purpose — be sufficient for the defence of abandonment to succeed. Communicating the intention to abandon the common purpose reduces the resources available to carry out the unlawful purpose and in so doing cancels out the effects of the participation of the withdrawing or abandoning person.

[46] The situation is very different in the context of the form of participation in a crime provided for in s. 21(1) of the *Criminal Code*. Aiders and abettors generally do much more than promise

selon la forme considérée de responsabilité à titre de complice et les circonstances particulières d’une affaire.

(A. Manson, « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions » (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, p. 95)

[43] La juge Wilson a également souligné qu’il existe une différence entre les formes de participation criminelle prévues aux par. 21(1) et 21(2) respectivement du *Code criminel* :

À mon avis, puisque les personnes qui aident et qui encouragent ont été traitées par le législateur de manière différente de celles qui forment ensemble un projet commun, il faut reconnaître une certaine différence entre ces deux paragraphes.

(*Kirkness*, p. 116)

[44] Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* précise que quiconque forme avec d’autres personnes le projet de poursuivre une fin illégale participe à l’infraction incidente commise par l’une de ces personnes lors de l’exécution du projet principal commun, au même titre que l’auteur principal. Sa participation est la conséquence de sa promesse de fournir des ressources physiques et intellectuelles pour la réalisation du projet commun. En conséquence, sa responsabilité à l’égard de l’infraction incidente découle de sa décision de participer au projet d’infraction et d’apporter des ressources destinées à la réalisation de ce projet.

[45] Dans ce contexte, la volonté de se retirer du projet commun — si elle est communiquée en temps utile et en termes non équivoques aux co-conspirateurs qui persistent dans l’exécution de la fin illégale — sera suffisante pour permettre à l’accusé d’invoquer avec succès la défense d’abandon. La communication de l’intention d’abandonner le projet commun réduit les ressources disponibles pour la réalisation de la fin illégale et, par le fait même, a pour résultat d’annuler les effets de la participation de celui qui se désiste ou abandonne.

[46] La situation est tout autre dans le contexte de la participation criminelle prévue au par. 21(1) du *Code criminel*. Ceux qui apportent aide ou encouragement à la commission d’une infraction font

their support in carrying out an unlawful purpose in the future. They perform concrete acts to aid the principal offender to commit the offence or to abet him or her in committing it. Their criminal liability and their moral culpability are proportional to these acts and stem from the fact that they have performed them. Thus, merely communicating in unequivocal terms their intention to cease participating in the commission of the offence will not be enough “to break the chain of causation and responsibility”, to repeat the words of Sloan J. from *Whitehouse*.

[47] Where a person’s participation in a crime is more than a simple promise to carry out a common unlawful purpose — where, for example, the person is a party to the offence within the meaning of s. 21(1) of the *Criminal Code* — requiring an unequivocal communication of the intention to cease participating in the commission of the offence (the *Whitehouse* test) means that the accused must show that he or she took reasonable steps to neutralize the effects of his or her participation. As one author explains, using a colourful image to make his point, the intention to withdraw must be accompanied by acts that are likely to cancel out the effects of the acts that have already been performed to aid or abet the offender:

Once the arrow is in the air, it is no use wishing to have never let it go — “Please God, let it miss!” The archer is guilty of homicide when the arrow gets the victim through the heart. The withdrawer, it is true, does not merely change his mind: he withdraws — but is that relevant if the withdrawal has no more effect on subsequent events than the archer’s repentance? [Emphasis added.]

(J. C. Smith, Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497)

[48] In the Quebec Court of Appeal’s judgment in *Fournier*, the accused was convicted of the first degree murder of her husband because she had hired a contract killer to murder him, had promised and later paid financial consideration to the killer, and had provided the killer with the necessary details of time

généralement beaucoup plus que promettre leur soutien à la réalisation d’une fin illégale dans le futur. En effet, ils posent des gestes concrets dans le but d’assister l’auteur principal dans la commission de l’infraction ou de l’encourager à la commettre. Leur responsabilité criminelle et leur culpabilité morale sont proportionnelles à ces démarches et découlent de l’accomplissement de ces actes. En conséquence, la simple communication en termes non équivoques de leur volonté de ne plus participer à la commission de l’infraction ne sera pas suffisante [TRADUCTION] « pour briser le lien de causalité et de responsabilité », pour reprendre les propos du juge Sloan dans l’arrêt *Whitehouse*.

[47] Lorsque la participation criminelle va au-delà du simple engagement de poursuivre un projet d’infraction commun, dans le cas de la participation criminelle envisagée au par. 21(1) du *Code criminel* par exemple, la communication en termes non équivoques de la volonté de ne plus participer à la commission de l’infraction (analyse de *Whitehouse*) entraîne pour l’accusé l’obligation de démontrer les gestes raisonnables qu’il a entrepris pour neutraliser les effets de sa participation. Comme l’explique de façon imagée un auteur, il est nécessaire que la volonté de se retirer s’accompagne d’actes propres à annuler les effets des gestes déjà accomplis dans le but d’aider ou d’encourager :

[TRADUCTION] Une fois la flèche dans les airs, il est vain de souhaiter ne jamais l’avoir décochée — « Je vous en prie, mon Dieu, faites qu’elle rate la cible! » L’archer est coupable d’homicide lorsque la flèche transperce le cœur de la victime. Il est vrai que la personne qui renonce à un projet ne fait pas que changer d’avis : elle se retire — mais est-ce que cette décision a quelque importance si la renonciation ne produit pas plus d’effets sur la suite des événements que le repentir de l’archer? [Je souligne.]

(J. C. Smith, Commentary on *R. v. Mitchell*, [1999] *Crim. L.R.* 497)

[48] Dans l’arrêt *Fournier* de la Cour d’appel du Québec, l’accusée a été reconnue coupable du meurtre au premier degré de son époux parce qu’elle avait retenu les services d’un tueur à gages pour assassiner ce dernier, et qu’elle avait promis et ultérieurement payé à l’assassin une contrepartie financière, en plus

and place and with information needed to identify the target. Because of the numerous acts that had been performed to aid in the commission of the murder, communicating an intention to withdraw by merely leaving the message [TRANSLATION] “cancel” on the killer’s answering device was found to be insufficient to exculpate the accused. The acts of abandonment were not proportional to the acts performed in support of the commission of the offence.

[49] For all these reasons, I would reformulate as follows the test already established in *Whitehouse* and *Kirkness* for determining whether the defence of abandonment applies, in order to adapt it specifically to the various degrees and forms of participation in crimes.

[50] One who is a party to an offence on the basis that he or she did or omitted to do anything for the purpose of aiding any person to commit the offence, or abetted any person in committing it (s. 21(1) of the *Criminal Code*), or on the basis that he or she had formed with other persons an intention to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and that an offence was committed in carrying out the common purpose (s. 21(2) of the *Criminal Code*), may raise the defence of abandonment if the evidence shows

- (1) that there was an intention to abandon or withdraw from the unlawful purpose;
- (2) that there was timely communication of this abandonment or withdrawal from the person in question to those who wished to continue;
- (3) that the communication served unequivocal notice upon those who wished to continue; and
- (4) that the accused took, in a manner proportional to his or her participation in the commission of the planned offence, reasonable steps in the circumstances either to neutralize or otherwise cancel out the effects of his or her participation or to prevent the commission of the offence.

de lui fournir les coordonnées de temps et de lieu requises, de même que les informations nécessaires pour identifier la cible. En raison des nombreux gestes accomplis pour aider à la commission du meurtre, la simple communication par l’accusée de sa volonté de se désister, en laissant sur le répondeur de l’assassin le message « annule », n’a pas été jugée suffisante pour la disculper. Les gestes d’abandon n’étaient pas proportionnels à ceux faits dans l’accomplissement de l’infraction criminelle.

[49] Pour toutes ces raisons, je reformulerais ainsi l’analyse déjà énoncée dans *Whitehouse* et *Kirkness* pour statuer sur la recevabilité de la défense d’abandon, afin de répondre aux particularités qui marquent les différents degrés et formes de participation criminelle.

[50] La personne qui participe à une infraction en accomplissant ou en omettant d’accomplir quelque chose dans le but d’aider quelqu’un à la commettre ou en encourageant quelqu’un à la commettre (par. 21(1) du *Code criminel*), ou encore en formant avec d’autres le projet de poursuivre une fin illégale et de s’y entraider et qu’une infraction est commise lors de la réalisation de cette fin commune (par. 21(2) du *Code criminel*), peut invoquer la défense d’abandon si la preuve permet d’établir les éléments suivants :

- (1) il existe une intention d’abandonner le projet criminel ou de s’en désister;
- (2) cet abandon ou ce désistement a été communiqué en temps utile par l’intéressé à ceux qui désirent continuer;
- (3) la communication a servi d’avis non équivoque à ceux qui désirent continuer;
- (4) l’accusé a pris, proportionnellement à sa participation à la commission du crime projeté, les mesures raisonnables, dans les circonstances, soit pour neutraliser ou autrement annuler les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l’infraction.

[51] I recognize that there will be circumstances, even where the accused is a party within the meaning of s. 21(1) of the *Criminal Code*, in which timely and unequivocal communication by the accused of his or her intention to abandon the unlawful purpose will be considered sufficient to neutralize the effects of his or her participation in the crime. But there will be other circumstances, primarily where a person has aided in the commission of the offence, in which it is hard to see how timely communication to the principal offender of the person's intention to withdraw from the unlawful purpose will on its own be considered reasonable, and sufficient to meet the test set out in the preceding paragraph.

[52] In conclusion, and more specifically in the context of s. 21(1) of the *Criminal Code*, the defence of abandonment should be put to the jury only if there is evidence in the record that is capable of supporting a finding that a person who was initially a party to the carrying out of an unlawful purpose subsequently took reasonable steps in the circumstances either to neutralize the effects of his or her participation or to prevent the commission of the offence.

2. Application to the Case at Bar

[53] In the case at bar, the defence of abandonment did not have an air of reality.

[54] The evidence showed that the appellant had written several documents, including some incriminating letters that were evidence of the couple's intention to end their and their children's lives. The couple explained in the letters how they planned to kill the children and take their own lives: by intoxication using a soporific drug. It was the appellant who purchased the medication that caused the children's deaths.

[55] What evidence could therefore have justified the trial judge's putting the defence of abandonment to the jury?

[56] The evidence is incomplete, to say the least.

[51] Je reconnais que, dans certaines circonstances, et ce, même selon le mode de participation mentionné au par. 21(1) du *Code criminel*, la communication en temps utile par l'accusé de son intention non équivoque d'abandonner l'entreprise illégale sera jugée suffisante pour neutraliser les effets de sa participation criminelle. En d'autres circonstances, et principalement dans les cas où une personne aide à la commission de l'infraction, il est difficile de concevoir que le simple fait pour cette personne de communiquer en temps opportun à l'auteur principal sa volonté de se retirer du projet d'infraction sera jugé raisonnable et suffisant pour satisfaire à l'analyse formulée au paragraphe précédent.

[52] En conclusion et plus particulièrement dans le cadre du par. 21(1) du *Code criminel*, la défense d'abandon d'intention ne devrait être soumise au jury que s'il existe au dossier des éléments de preuve susceptibles d'étayer la conclusion selon laquelle une personne ayant initialement participé à la poursuite d'une fin illégale a subséquemment pris les mesures raisonnables dans les circonstances soit pour neutraliser les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction.

2. Application à la présente espèce

[53] En l'espèce, la défense d'abandon d'intention n'était pas vraisemblable.

[54] La preuve a établi que l'appelante a rédigé plusieurs documents, dont certaines lettres incriminantes témoignant de l'intention des deux époux de mettre fin à leurs jours et à ceux de leurs enfants. Les lettres sont explicites sur la manière choisie par le couple pour tuer les enfants et pour se donner la mort, soit l'intoxication au moyen de somnifères. C'est l'appelante qui s'est procuré les médicaments qui ont causé la mort des enfants.

[55] En conséquence, quels étaient les éléments de preuve qui auraient pu justifier le juge du procès de présenter cette défense d'abandon aux membres du jury?

[56] La preuve est pour le moins lacunaire.

[57] The only evidence comes from the appellant's testimony that, in the afternoon of December 31, 2008, she had notified her spouse that she had changed her mind and no longer intended to participate in the common purpose:

[TRANSLATION] I noticed some papers he'd left lying around. I, I realized what was happening. I didn't want that. When Marc came back, I, I told him it was crazy, what he was telling me. I ripped up the papers. [A.R., at p. 834]

On cross-examination, she made the following statement:

[TRANSLATION] When I saw the papers and looked at what was written on them, I said that's crazy. And I told Marc we couldn't . . .

. . . .

I told Marc he couldn't do that, that I didn't want to be part of it. [Emphasis added; A.R., at p. 910.]

[58] The appellant also testified that the expression on her spouse's face had convinced her that he too had abandoned the sinister plan:

[TRANSLATION] But I gathered from his face that he was getting the message, too, and that it was all right. [A.R., at p. 913]

[59] Counsel for the appellant argues that, in light of this evidence, the trial judge had sufficient reasons to put the defence of abandonment to the jury. I find this argument wanting.

[60] In my view, the appellant's evidence that she communicated her withdrawal from the deadly plan and that her communication was timely and unequivocal is insufficient for the purposes of the air of reality test. To meet that test, it is not enough to simply identify "some evidence" or "any evidence"; the evidence must be "reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed" (*Cinous*, at paras. 82-83).

[57] La seule preuve repose sur le témoignage de l'appelante selon lequel, dans l'après-midi du 31 décembre 2008, elle a avisé son époux de son changement d'intention et de sa volonté de ne plus participer au projet commun :

J'ai remarqué des papiers qu'il avait laissé traîner. Je me suis, je me suis rendue compte de ce qui se préparait. Je voulais pas ça. Quand Marc est revenu, j'ai, j'ai dit que ça avait pas de bon sens là ce qu'il me disait, j'ai déchiré les papiers. [d.a., p. 834]

En contre-interrogatoire, elle a déclaré :

Quand j'ai vu les papiers que j'ai porté attention à ce qui était écrit dessus, là j'ai dit ça a pas de bon sens. Pis j'ai dit à Marc que on pouvait pas . . .

. . . .

J'ai dit à Marc qu'il pouvait pas faire ça. Que je voulais pas embarquer là dedans. [Je souligne; d.a., p. 910.]

[58] L'appelante a également témoigné qu'elle avait été convaincue, par l'expression sur le visage de son époux, que celui-ci avait lui aussi abandonné le sinistre projet :

Mais dans son visage j'en ai déduit que il allait allumer aussi pis que c'était correct. [d.a., p. 913]

[59] Sur la base de cette preuve, l'avocat de l'appelante plaide que le juge du procès disposait de raisons suffisantes pour soumettre aux membres du jury la thèse de la défense d'abandon. Cet argument est un peu court.

[60] À mon avis, la preuve de l'appelante selon laquelle elle a communiqué de façon non équivoque et en temps utile son retrait du plan meurtrier est insuffisante et ne permet pas de satisfaire au critère de la vraisemblance. Je rappelle que, pour satisfaire à ce critère, il n'est pas suffisant d'identifier « une preuve » ou « quelque élément de preuve »; il faut que cette preuve soit « raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu » (*Cinous*, par. 82-83).

[61] The only relevant passage from the appellant's testimony is the one in which she used the plural pronoun "we" (using the French pronoun "*on*" as an equivalent for the plural "*nous*") in saying "I told Marc we couldn't [do that]". This passage stands alone in the appellant's principal narrative to the effect that she never agreed to the murder-suicide pact, that she wrote the incriminating letters while in a dissociative state and that she told her spouse she disagreed with what he was planning to do as soon as she realized what it was.

[62] Nevertheless, even if it were assumed that the evidence the appellant relies upon would be sufficient for a jury to reasonably conclude that she had communicated her intention to withdraw from the plan and that her communication was timely and unequivocal, that communication would not on its own have sufficed, in the circumstances of this case, for the judge to put the defence of abandonment to the jury.

[63] The appellant did more than merely promise to take part in the murder-suicide pact. She supplied her spouse with the intoxicants he used to cause the children's deaths. She therefore had to do more either to neutralize the effects of her participation or to prevent the commission of the offence. For example, she could have hidden or destroyed the medication she had purchased, remained watchful and taken the children to a safe place for the evening, insisted that her spouse give her verbal confirmation of what he intended to do, or simply called the authorities.

[64] I conclude that the record did not contain evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could have found that the appellant had abandoned the common unlawful purpose, and could accordingly have acquitted her, if it believed the evidence to be true. The defence of abandonment therefore did not meet the air of reality test, and the trial judge was not required to put the defence to the jury.

[61] Le seul passage pertinent du témoignage de l'appelante est celui où elle utilise le pronom « on » comme synonyme du pronom pluriel « nous », dans la phrase « j'ai dit à Marc que on pouvait pas [faire cela] ». L'extrait est isolé dans le récit principal de l'appelante selon lequel elle n'a jamais acquiescé au pacte de meurtre-suicide, elle a écrit les lettres incriminantes dans un état de dissociation et elle a signifié à son époux son désaccord vis-à-vis des plans de celui-ci, dès qu'elle s'en est rendu compte.

[62] Néanmoins, même en tenant pour acquis que la preuve invoquée par l'appelante est suffisante pour qu'un jury puisse raisonnablement conclure que celle-ci a communiqué sa volonté de se retirer du plan de manière non équivoque et en temps utile, dans les circonstances de la présente affaire, cette communication n'était pas suffisante à elle seule pour autoriser le juge à soumettre la défense d'abandon aux jurés.

[63] Les gestes de l'appelante ne se sont pas limités à une simple promesse de participer au pacte de meurtre-suicide. L'appelante a fourni et mis à la disposition de son époux les substances intoxicantes utilisées par ce dernier pour provoquer la mort des enfants. En conséquence, elle devait faire davantage soit pour neutraliser les effets de sa participation soit pour empêcher la perpétration de l'infraction. Elle aurait pu, par exemple, cacher ou détruire les médicaments achetés, demeurer vigilante et emmener les enfants dans un endroit sûr pour la soirée, insister pour obtenir une confirmation verbale de son époux au sujet de ses intentions ou tout simplement faire appel aux autorités.

[64] Je conclus qu'il n'y avait au dossier aucune preuve permettant à un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement de conclure que l'appelante avait abandonné le projet d'infraction commun et ainsi de prononcer l'acquittement, s'il ajoutait foi à cette preuve. Partant, la défense d'abandon ne satisfaisait pas au critère de la vraisemblance, et le juge du procès n'était pas tenu de la soumettre aux jurés.

VII. Disposition

[65] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[66] Justice Wagner has set out with care and sensitivity the tragic and desperate circumstances that culminated in the murder by the appellant's husband of their three children and his own virtually contemporaneous suicide.

[67] In the wake of that tragedy and despair, the appellant, Cathie Gauthier, now stands convicted of first degree murder. And she has been sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for 25 years.

[68] The Crown's case against Ms. Gauthier is that she and her husband entered a murder-suicide pact that was executed with her help. She testified at trial that she had demonstrated her disapproval of the pact before the children were murdered and had notified her husband of this unwillingness to go through with the plan.

[69] Defence counsel urged the trial judge to leave open for the jury's consideration Ms. Gauthier's defence of abandonment. The trial judge declined to do so. The Court of Appeal upheld the trial judge on the ground that it was an [TRANSLATION] "incompatible . . . defence": 2011 QCCA 1395 (CanLII). Both courts below erred in law in this regard.

[70] The Court of Appeal did not consider whether the appellant's defence of abandonment had an "air of reality" — that is to say, whether there was any evidence upon which a properly instructed jury might entertain a reasonable doubt on that issue.

VII. Dispositif

[65] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[66] Le juge Wagner a exposé avec soin et sensibilité le contexte tragique et désespéré à l'issue duquel l'époux de l'appelante s'est suicidé peu après avoir tué leurs trois enfants.

[67] Dans la foulée de cette situation tragique et désespérée, l'appelante, Cathie Gauthier, a été reconnue coupable de meurtre au premier degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

[68] Selon la thèse du ministère public contre M^{me} Gauthier, celle-ci et son époux ont conclu un pacte de meurtre-suicide qui a été mis à exécution avec son concours. Elle a affirmé au procès avoir manifesté son désaccord avec le pacte avant le meurtre des enfants et avoir avisé son époux qu'elle ne voulait pas donner suite au plan.

[69] L'avocat de la défense a exhorté le juge du procès à laisser à l'appréciation du jury le moyen de défense de la renonciation (ou défense d'abandon d'intention) présenté par M^{me} Gauthier. Le juge a toutefois refusé de le faire. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès au motif qu'il s'agissait d'un « moyen [. . .] de défense incompatible » : 2011 QCCA 1395 (CanLII). Le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont tous les deux erré en droit à cet égard.

[70] La Cour d'appel ne s'est pas demandé si le moyen de défense de renonciation invoqué par l'appelante était « vraisemblable » — c'est-à-dire s'il existait une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées d'entretenir un doute raisonnable à cet égard.

[71] On the law as it was then understood, the trial judge was bound to put abandonment to the jury if there was evidence that the appellant (a) had changed — or “abandoned” — her earlier intention to aid or abet the murder of her children, and (b) had adequately communicated to her husband that she had withdrawn from their pact.

[72] This Court has repeatedly held that the defence of abandonment includes *no other essential elements*. And our attention has not been drawn to a single Canadian decision to the contrary, at any level.

[73] In my view, there *was* evidence at Ms. Gauthier’s trial upon which a properly instructed jury might well have found that she had abandoned the suicide pact in respect of which she was charged and convicted of murder. Or at least have been left with a reasonable doubt on this issue, which would of course have sufficed to warrant Ms. Gauthier’s acquittal.

[74] As a matter of law, the appellant is entitled, in my respectful view, to a fresh trial, where the jury will not be wrongly prevented from considering on its merits Ms. Gauthier’s defence of abandonment, however weak and unpromising we might believe it to be. I am aware of no legal principle that permits us to deprive her of that right.

[75] In his thorough and thoughtful reasons, Justice Wagner proposes that we now adopt additional requirements for a valid defence of abandonment where the accused, as in this case, has done something to aid or abet the commission of the offence before satisfying the two established elements of abandonment. As we shall see, there are strong reasons of policy and precedent for resisting the proposed changes.

[71] D’après l’état du droit à l’époque, le juge du procès était tenu de soumettre le moyen de défense de la renonciation à l’appréciation du jury si des éléments de preuve indiquaient que l’appelante a) avait changé d’avis ou « abandonné » son intention antérieure d’aider ou d’encourager à tuer ses enfants, et b) avait signifié adéquatement à son époux qu’elle s’était retirée de leur pacte.

[72] La Cour a affirmé à maintes reprises que le moyen de défense de la renonciation ne comporte *aucun autre élément essentiel*. En outre, aucune décision contraire d’un tribunal canadien, toutes juridictions confondues, n’a été portée à notre attention.

[73] À mon avis, on a *de fait* produit au procès de M^{me} Gauthier des éléments de preuve à partir desquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait fort bien pu conclure qu’elle avait renoncé au pacte de suicide à l’origine de sa mise en accusation et de sa déclaration de culpabilité pour meurtre ou, à tout le moins, considérer qu’il subsistait un doute raisonnable à cet égard, ce qui, bien entendu, aurait été suffisant pour justifier l’acquittement de M^{me} Gauthier.

[74] Avec égards, j’estime que l’appelante a droit à un nouveau procès durant lequel le jury ne serait pas empêché à tort d’examiner sur le fond le moyen de défense de la renonciation invoqué par M^{me} Gauthier, aussi faible et peu prometteur puisse-t-il nous paraître. Je ne connais aucun principe juridique nous permettant de la priver de ce droit.

[75] Dans ses motifs approfondis et mûrement réfléchis, le juge Wagner propose que la Cour établisse maintenant des conditions supplémentaires de validité du moyen de défense de la renonciation. Ceux-ci s’ajouteraient à la nécessité de satisfaire aux deux éléments de la renonciation dans les cas où l’accusé, comme M^{me} Gauthier en l’espèce, a aidé ou encouragé la perpétration de l’infraction. Comme nous le verrons, il y a de sérieuses raisons fondées sur des principes et sur la jurisprudence de rejeter les modifications proposées.

[76] As we shall see as well, I am not persuaded that the modifications we endorse should be made applicable on a retrial of the appellant. But even if we decide that they are, the appellant would at least be entitled to a fair opportunity to satisfy those newly recognized requirements. Her failure to do so at her first trial — prior to their recognition by this Court or, it seems, by *any* Canadian court — can hardly deprive Ms. Gauthier of a proper opportunity to do so now.

[77] With respect for those who are of a different view, I would therefore allow the appeal, set aside the appellant's convictions and order a new trial.

II

[78] Canadian courts have for more than 70 years held that the defence of abandonment comprises only two essential elements: (i) change of intention; and (ii) where practical and reasonable, timely and unequivocal notice of withdrawal.

[79] These requirements emanate from *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.), a decision that has been repeatedly approved and followed by this Court, as I mentioned earlier, and has long been firmly entrenched in Canadian law: see *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, at pp. 236-37; *R. v. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154 (Man. C.A.), at pp. 176 and 201-3; *R. v. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806 (C.A.), at para. 3; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 708; *R. v. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258 (C.A.), at pp. 260-61; *R. v. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141 (B.C.C.A.), at p. 150; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 89; *R. v. Johanson* (1995), 166 A.R. 60 (Prov. Ct.), at para. 23; *R. v. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 N.B.R. (2d) 256, at para. 22; *R. v. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL) (Ct. J.), at para. 77; *R. v. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284, at paras. 51-53; *R. v. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117 (Que. C.A.), at paras. 25-29; *R. v. P.K.*, 2006

[76] Comme nous le verrons aussi, je ne suis pas convaincu que les modifications qu'adopte la Cour devraient s'appliquer à un nouveau procès de l'appelante. Cependant, si nous décidions qu'il en soit ainsi, celle-ci devrait au moins se voir accorder une possibilité raisonnable de répondre à ces nouvelles exigences. Le fait de ne pas y avoir répondu lors de son premier procès — soit avant qu'elles soient reconnues par la Cour ou, semble-t-il, par *quelque autre* tribunal canadien — ne peut guère priver M^{me} Gauthier d'une possibilité suffisante d'y répondre maintenant.

[77] Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité visant l'appelante et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II

[78] Les tribunaux canadiens affirment depuis plus de 70 ans que le moyen de défense de la renonciation comporte uniquement deux éléments essentiels : (i) un changement d'intention; (ii) un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun lorsqu'il est pratique et raisonnable de le faire.

[79] Ces conditions tirent leur origine de *R. c. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420 (C.A.), un arrêt approuvé et appliqué maintes fois par la Cour, comme je l'ai déjà mentionné, et fermement ancré depuis longtemps en droit canadien : voir *Henderson c. The King*, [1948] R.C.S. 226, p. 236-237; *R. c. de Tonnancourt* (1956), 115 C.C.C. 154 (C.A. Man.), p. 176 et 201-203; *R. c. Merrifield*, 1977 CarswellOnt 1806 (C.A.), par. 3; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 708; *R. c. Wagner* (1978), 8 B.C.L.R. 258 (C.A.), p. 260-261; *R. c. Joyce* (1978), 42 C.C.C. (2d) 141 (C.A.C.-B.), p. 150; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, p. 89; *R. c. Johanson* (1995), 166 A.R. 60 (C. prov.), par. 23; *R. c. Fournier*, 2002 NBCA 71, 252 R.N.-B. (2^e) 256, par. 22; *R. c. McKercher*, [2002] O.J. No. 5859 (QL) (C.J.), par. 77; *R. c. Forknall*, 2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284, par. 51-53; *R. c. Lacoursière* (2002), 7 C.R. (6th) 117 (C.A. Qué.), par. 25-29; *R. c. P.K.*, 2006 ABCA 299, 397 A.R. 318, par. 12; *R.*

ABCA 299, 397 A.R. 318, at para. 12; *R. v. S.R.B.*, 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, at paras. 10, 19-20 and 24-30, rev'd *R. v. Bird*, 2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638, at para. 1; *R. v. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166, at paras. 44-47; and *R. v. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII), at paras. 552-58.

[80] Justice Wagner does not suggest that the defence of abandonment, as it stood at the time of Ms. Gauthier's trial, required anything more than a change of intention, accompanied by timely and unequivocal notice of withdrawal. Rather, my colleague proposes a new and different test.

[81] To this end, my colleague distinguishes for present purposes between s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The former deals with liability for aiding or abetting another in the commission of a specific offence; the latter, with liability for an offence committed by another in carrying out a common unlawful purpose.

[82] Justice Wagner would impose additional requirements on the defence of abandonment, particularly with respect to liability under s. 21(1), where the accused would need to adduce evidence that he or she took steps to neutralize any prior contribution to the commission of the offence or, in the alternative, to prevent the commission of the offence.

[83] With respect, this approach overlooks the fact that both s. 21(1) and s. 21(2) can involve active participation by the accused: see for example *Henderson and Miller*.

[84] Moreover, the *Whitehouse* test has been repeatedly and consistently applied in prosecutions under s. 21(1) and s. 21(2) alike.

[85] The application of the *Whitehouse* criteria to an aiding and abetting case was endorsed very recently by this Court in 2009, and even more

c. S.R.B., 2009 ABCA 45, 448 A.R. 124, par. 10, 19-20 et 24-30, inf. par *R. c. Bird*, 2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638, par. 1; *R. c. Ball*, 2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166, par. 44-47; *R. c. Leslie*, 2012 BCSC 683 (CanLII), par. 552-558.

[80] Le juge Wagner ne suggère pas que le moyen de défense de la renonciation, tel qu'il existait au moment du procès de M^{me} Gauthier, exigeait quoi que ce soit de plus qu'un changement d'intention et un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun. Mon collègue propose plutôt un critère nouveau et différent.

[81] À cette fin, le juge Wagner établit, pour les besoins de l'espèce, une distinction entre les par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le premier traite de la responsabilité pour avoir aidé ou encouragé autrui à commettre un crime précis; le deuxième, de la responsabilité quant à une infraction commise par une autre personne dans la poursuite d'une fin commune illégale.

[82] Le juge Wagner veut assortir de conditions supplémentaires le moyen de défense de la renonciation — particulièrement en ce qui concerne la responsabilité visée au par. 21(1) — de sorte que l'accusé aurait à produire des éléments de preuve indiquant qu'il a pris des mesures pour annuler toute contribution antérieure à la perpétration de l'infraction ou, subsidiairement, pour en empêcher la perpétration.

[83] Avec égards, j'estime que cette approche néglige le fait que tant le par. 21(1) que le par. 21(2) peuvent viser la participation active de l'accusée : voir par exemple *Henderson et Miller*.

[84] De plus, le critère énoncé dans l'arrêt *Whitehouse* a été appliqué régulièrement et à maintes reprises tant dans des poursuites engagées en application du par. 21(1) que dans d'autres intentées en vertu du par. 21(2).

[85] L'application du critère de l'arrêt *Whitehouse* dans une affaire d'aide et d'encouragement a reçu très récemment l'aval de la Cour, en 2009, et

recently by other Canadian courts: *Bird* (affirming Costigan J.A.'s dissent); *Ball*, at paras. 44-47; and *Leslie*, at paras. 552-58.

[86] Indeed, *Whitehouse* itself involved parties to an offence who had “aided and abetted in the commission of the crime”: p. 424. They had “performed part, at least, of the tasks assigned to them”: again, at p. 424.

[87] It was out of this factual context that the test for abandonment was born. And the court identified only two requirements: the first, change of intention; the second, timely and unequivocal notice of withdrawal — that is, the accused must clearly communicate to the principal “that if he proceeds upon it he does so without the *further aid and assistance* of those who withdraw”: *Whitehouse*, at p. 425 (emphasis added).

[88] As the language of this oft-cited passage makes clear, the *Whitehouse* test for abandonment expressly contemplates prior aid and assistance.

[89] Moreover, to suggest that an accused under either subsection of s. 21 must neutralize prior involvement disregards an important rationale of the defence of abandonment, namely, giving the principal offender the opportunity to abandon the criminal objective. As Allan Manson explains in “Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, at p. 101:

. . . the premise upon which *Whitehouse* is based: “Let it be known, if you go then you go alone.” Unequivocal withdrawal and the element of timeliness are sufficiently expansive to accommodate abettors and aiders alike because, as in *Becerra* and *Gundy*, the aim is to compel the principal to reconsider the objective in time to abandon it. This, after all, is the preventative rationale for party responsibility. Thus the defence of abandonment as

encore plus récemment celui d’autres tribunaux canadiens : *Bird* (qui a confirmé le bien-fondé de la dissidence du juge Costigan); *Ball*, par. 44-47; *Leslie*, par. 552-558.

[86] En fait, l’affaire *Whitehouse* elle-même mettait en cause des participants à une infraction qui avaient [TRADUCTION] « aidé et encouragé [quelqu’un] à commettre le crime » : p. 424. Ils avaient « exécuté au moins une partie des tâches qui leur avaient été confiées » : encore à la p. 424.

[87] C’est dans ce contexte factuel que le test de renonciation a vu le jour. En outre, la Cour n’a dégagé que deux conditions : premièrement, un changement d’intention; deuxièmement, un avis non équivoque de retrait donné en temps opportun — autrement dit, l’accusé doit clairement faire savoir à l’auteur principal [TRADUCTION] « que s’il continue dans la réalisation de la fin illégale commune, il le fera sans *autre aide et appui* de ceux qui se retirent » : *Whitehouse*, p. 425 (italiques ajoutés).

[88] Comme l’indiquent clairement les termes de cet extrait maintes fois cité, le critère de renonciation énoncé dans *Whitehouse* vise expressément l’aide et l’appui antérieurs.

[89] Qui plus est, en soutenant que la personne accusée en vertu de l’un ou l’autre des paragraphes de l’art. 21 doit annuler sa participation antérieure, on passe outre à un fondement important du moyen de défense de la renonciation, soit celui de donner à l’auteur principal de l’infraction la possibilité de renoncer à la fin criminelle. Comme l’explique Allan Manson dans « Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions » (1989), 14 *Queen’s L.J.* 85, p. 101 :

[TRADUCTION] . . . la prémisse sur laquelle repose l’arrêt *Whitehouse* [est la suivante] : « Sachez que, si vous allez de l’avant, vous le ferez seul. » Le retrait non équivoque et la communication de celui-ci en temps opportun sont suffisamment larges pour répondre aux besoins tant des personnes qui aident l’auteur de l’infraction à la commettre que de celles qui l’encouragent à le faire parce que, tout comme dans *Becerra* et *Gundy*,

structured in *Whitehouse* can apply with equal fairness and effect to all parties including aiders by interpreting timeliness in relation to the offence and the goal of ultimate abandonment.

[90] Even the most ardent proponents of a more stringent abandonment defence recognize that to require neutralizing or preventative steps would necessitate a change to Canadian law: see M. Campbell, “Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment” (2010), 14 *Can. Crim. L.R.* 1, at pp. 16-17.

[91] Courts in the United Kingdom, approving *Whitehouse*, have concluded that neutralizing or preventative steps are not required to establish abandonment. In *R. v. O’Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315), at para. 60, the Court of Appeal acknowledged that whether an accused has done enough “to demonstrate that he or she is withdrawing from the joint enterprise . . . is ultimately a question of fact and degree for the jury”. The jury should account for “the nature of the assistance and encouragement already given and how imminent the infliction of the fatal injury or injuries is, as well as the nature of the action said to constitute withdrawal”. And, the court *explicitly rejected the proposition that effective withdrawal requires reasonable steps to prevent the crime*:

In cases of assistance it has sometimes been suggested that, for there to be an effective withdrawal, reasonable steps must have been taken to prevent the crime. It is clear, however, this is not necessary. [Para. 60; see also para. 61.]

See also *R. v. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII), at para. 32, where the court held that efforts to prevent the crime were relevant but not required for withdrawal.

l’objectif est de contraindre l’auteur principal de l’infraction à reconsidérer la fin assez tôt pour qu’il y renonce. Après tout, c’est là l’objectif de prévention de la responsabilité des participants. Ainsi, le moyen de défense de la renonciation formulé dans *Whitehouse* peut s’appliquer de façon aussi équitable et avec autant d’effet à tous les participants, y compris à ceux qui aident l’auteur de l’infraction, par l’interprétation du caractère opportun du moment de l’annonce de la renonciation compte tenu de l’infraction et de l’objectif de renonciation en dernière analyse.

[90] Même les plus ardents tenants d’un moyen de défense de la renonciation plus strict reconnaissent qu’il faudrait modifier le droit canadien si on exigeait la prise de mesures d’annulation ou de prévention : voir M. Campbell, « Turning Back the Clock : Aiders and the Defence of Abandonment » (2010), 14 *Rev. can. D.P.* 1, p. 16-17.

[91] Approuvant *Whitehouse*, les tribunaux du Royaume-Uni ont conclu que la prise de mesures d’annulation ou de prévention n’est pas nécessaire pour établir la renonciation. Dans *R. c. O’Flaherty*, [2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315), par. 60, la Cour d’appel a reconnu que le fait de savoir si l’accusé en avait fait assez [TRADUCTION] « pour prouver son retrait de l’entreprise commune [. . .] est, en définitive, une question de fait et de degré relevant du jury ». Celui-ci doit tenir compte de « la nature de l’appui et de l’encouragement déjà fournis, de la mesure dans laquelle l’infliction de la ou des blessures fatales est imminente ainsi que de la nature de l’acte considéré comme un retrait ». Et la Cour d’appel a *explicitement rejeté la proposition qu’un retrait effectif requiert la prise de mesures raisonnables visant à prévenir le crime* :

[TRADUCTION] On a dit parfois que, dans les cas d’appui, des mesures raisonnables doivent avoir été prises dans le but de prévenir le crime pour qu’il y ait bel et bien retrait. Cela n’est toutefois clairement pas nécessaire. [Par. 60; voir aussi le par. 61.]

Voir aussi *R. c. Otway*, [2011] EWCA Crim 3 (BAILII), par. 32, où la cour a affirmé que les mesures de prévention du crime étaient pertinentes, mais non nécessaires pour établir le retrait.

[92] Justice Wagner relies on *R. v. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII), to support his position that mere communication of changed intention should henceforth be insufficient for abandonment in s. 21(1) cases (para. 48 of Justice Wagner's reasons). However, in *Fournier*, unlike this case, the defence of abandonment was *not* kept from the jury. Indeed, the Court of Appeal held that the trial judge properly instructed the jury that abandonment required timely and unequivocal notice of withdrawal: *Fournier*, at paras. 18-20.

[93] I agree with my colleague that the internally repentant archer cannot, having let the arrow fly, seek refuge in the defence of abandonment (para. 47 of Justice Wagner's reasons). The defence fails in Sir John Smith's illustration not because preventative or neutralizing steps are required, but rather because notice of withdrawal comes too late, or not at all.

[94] These authorities all make clear that the defence of abandonment does not require that the accused take steps to neutralize prior participation in the criminal enterprise or to prevent the commission of the offence. While such evidence may strengthen a defence of abandonment, failure to take neutralizing or preventative steps is not fatal. Thus, for example, in *R. v. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII), at para. 186, the accused's efforts to stop the commission of the offence were treated as evidence that the *Whitehouse* requirements were met — not as additional requirements of the defence.

[95] If we were to accept that the defence of abandonment now requires that an accused take steps to neutralize previous assistance or to prevent the commission of the crime, I am inclined to believe that this change should only be given prospective effect — at least in this case. As Don Stuart explains

[92] Le juge Wagner cite *R. c. Fournier*, 2007 QCCA 1822 (CanLII), à l'appui de sa position que la simple communication d'un changement d'intention doit désormais être jugée insuffisante pour qu'il y ait renonciation dans les affaires mettant en cause le par. 21(1) (par. 48 des motifs du juge Wagner). Or, dans *Fournier*, contrairement à la présente affaire, le moyen de défense de la renonciation *a été* soumis au jury. La Cour d'appel a d'ailleurs conclu que le juge du procès avait informé comme il se doit le jury que le moyen de défense de la renonciation exigeait la communication en temps opportun d'un avis non équivoque de retrait : *Fournier*, par. 18-20.

[93] À l'instar de mon collègue, j'estime que l'archer éprouvant un repentir intérieur ne peut se prévaloir du moyen de défense de renonciation après avoir décoché la flèche (par. 47 des motifs du juge Wagner). Le moyen de défense n'est d'aucun secours à l'archer dans l'exemple donné par Sir John Smith, non pas parce que des mesures de prévention ou d'annulation s'imposent, mais parce que l'avis de retrait est donné trop tard ou n'est pas donné du tout.

[94] Il ressort clairement de toutes ces sources doctrinales et jurisprudentielles que le moyen de défense de la renonciation n'exige pas que l'accusé prenne des mesures pour annuler sa participation antérieure à l'entreprise criminelle ou empêcher la perpétration de l'infraction. Bien que la preuve de telles mesures puisse renforcer ce moyen de défense, l'absence de mesures d'annulation ou de prévention n'est pas fatale. Ainsi, par exemple, dans *R. c. Edwards*, 2001 BCSC 275 (CanLII), par. 186, les efforts déployés par l'accusé pour empêcher la perpétration de l'infraction ont été reconnus comme établissant le respect du critère énoncé dans *Whitehouse*, et non pas comme des conditions supplémentaires auxquelles il faut satisfaire pour se prévaloir avec succès du moyen de défense.

[95] Si nous devons accepter que le moyen de défense de la renonciation exige désormais que l'accusé agisse pour annuler son soutien antérieur ou prévenir la perpétration du crime, j'ai tendance à penser que cette modification ne devrait valoir que pour l'avenir, du moins en l'espèce. Comme

in *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 9: “It is almost universally accepted that the view that judges merely declare existing law rather than create new law is outmoded and wrong.”

[96] But on any view of the matter, in light of the state of the law universally accepted in Canada at the time of the appellant’s trial, it would be fundamentally unfair at this stage to fault the appellant for failing to demonstrate anything more than a change of intention, plus timely and unequivocal notice of withdrawal from the murder-suicide pact. Since the appellant’s testimony provided some evidence on these two essential elements, there was an air of reality to the defence. The trial judge therefore erred by withholding the defence of abandonment from the jury.

III

[97] I agree with Justice Wagner that the “incompatibility” between Ms. Gauthier’s defence of abandonment and her primary defence did not justify the trial judge’s decision to prevent the jury from considering them both. And I am therefore content to add only these brief comments on the issue of incompatibility.

[98] Incompatibility should not be relied upon to deprive the accused of a defence for which an air of reality has been established, particularly where — as in this case — defence counsel has requested that it be included in the judge’s charge: A.R., at pp. 1018 and 1037-38.

[99] As Kellock J. stated in *Henderson*: “It is a paramount principle of law that when a defence, however weak it may be, is raised by a person charged, it should be fairly put before the jury”: p. 241. Taschereau J. likewise emphasized the accused’s “fundamental right . . . to have all the features of [the] defence adequately put to the jury”: *Henderson*, at p. 237.

l’explique Don Stuart dans *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 9 : [TRADUCTION] « Presque tous conviennent du caractère désuet et erroné de l’opinion selon laquelle les juges ne font qu’ énoncer l’état du droit actuel plutôt que de créer du droit nouveau. »

[96] Mais quel que soit l’angle sous lequel on aborde la question, il serait fondamentalement inéquitable à ce stade de reprocher à l’appelante de ne pas avoir démontré davantage qu’un changement d’intention et un avis non équivoque de retrait du pacte de meurtre-suicide donné en temps opportun, compte tenu de l’état du droit reconnu par tous au Canada au moment de son procès. Puisque le témoignage de l’appelante contient une certaine preuve de ces deux éléments essentiels, le moyen de défense était vraisemblable. Le juge du procès a donc commis une erreur en soustrayant le moyen de défense de la renonciation à l’examen du jury.

III

[97] Je partage l’avis du juge Wagner que l’« incompatibilité » entre le moyen de défense de la renonciation invoqué par M^{me} Gauthier et son moyen de défense principal ne justifie pas la décision du juge du procès de ne pas les soumettre tous les deux à l’appréciation du jury. Je me contenterai donc de faire les brèves remarques qui suivent sur l’incompatibilité.

[98] Il ne faut pas s’appuyer sur l’incompatibilité pour priver l’accusé d’un moyen de défense dont la vraisemblance a été établie, surtout dans un cas, comme celui-ci, où l’avocat de la défense a demandé au juge d’en parler dans son exposé : d.a., p. 1018 et 1037-1038.

[99] Comme l’a affirmé le juge Kellock dans *Henderson* : [TRADUCTION] « Un principe de droit primordial veut que le moyen de défense invoqué par un accusé, aussi faible puisse-t-il être, soit soumis en toute justice au jury » : p. 241. Le juge Taschereau a lui aussi souligné le [TRADUCTION] « droit fondamental de l’[accusé] [. . .] à ce que toutes les caractéristiques de [la] défense soient soumises adéquatement au jury » : *Henderson*, p. 237.

IV

[100] For abandonment to be left for the jury, there must be some evidence upon which a properly instructed jury could form a reasonable doubt on the two essential elements of the defence: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 2, 49, 52-54 and 83. In my view, the appellant's testimony satisfied this modest evidentiary threshold.

[101] Indeed, there was no suggestion at trial by the Crown — nor finding by the trial judge or the Court of Appeal — that the defence of abandonment lacked an air of reality.

[102] The appellant testified that she told Marc Laliberté his plan did not make sense and he [TRANSLATION] “could not do it” (“*pouvait pas faire ça*”). She also told him that she did not want to be a part of it. She demonstrated her disapproval of the murder-suicide pact by tearing up two documents: a last will and estament written by the appellant and a story of Marc Laliberté's life containing references to the pact. She was convinced by his facial expression that the murder-suicide pact was off: A.R., at pp. 834-35 and 910-11.

[103] This testimony provides *some evidence* that the appellant no longer intended to participate in the murder-suicide pact and that she provided timely and unequivocal notice of this change of intention to the principal offender. That the evidence could have left the jury with a reasonable doubt as to the appellant's guilt is all that was required.

[104] Whether the appellant ultimately “did enough” to communicate timely and unequivocal withdrawal was a question of fact that should have been left for the jury to decide: *P.K.*, at para. 11; *O'Flaherty*, at para. 60; *Cinous*, at paras. 52 and 54.

[105] In short, it was for the jury to determine whether the appellant's words and conduct were

IV

[100] Pour que le moyen de défense de la renonciation soit laissé à l'appréciation du jury, il doit exister une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées d'entretenir un doute raisonnable sur les deux éléments essentiels du moyen de défense : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 2, 49, 52-54 et 83. Le témoignage de l'appelante me semble avoir satisfait à ce critère de preuve peu exigeant.

[101] En fait, le ministère public n'a pas laissé entendre au procès — pas plus que le juge de première instance ou la Cour d'appel dans leurs conclusions — que le moyen de défense de la renonciation n'était pas vraisemblable.

[102] L'appelante a affirmé avoir dit à Marc Laliberté que son plan n'avait aucun sens et qu'il « pouvait pas faire ça ». Elle lui a également fait part de son refus d'y participer. Elle a manifesté son désaccord avec le pacte de meurtre-suicide en déchirant deux documents : un testament qu'elle avait rédigé et une biographie de Marc Laliberté faisant état du pacte. En outre, l'expression faciale de ce dernier l'a convaincue que le pacte avait été abandonné : d.a., p. 834-835 et 910-911.

[103] Ce témoignage contient à tout le moins *une certaine preuve* que l'appelante ne voulait plus participer au pacte de meurtre-suicide et qu'elle avait fait part sans équivoque de cette volte-face à l'auteur principal de l'infraction en temps opportun. Tout ce qui était nécessaire, c'était la possibilité qu'un doute raisonnable subsiste dans l'esprit du jury à propos de la culpabilité de l'appelante.

[104] Le fait de savoir si l'appelante en avait fait assez en dernière analyse pour signifier sans équivoque son retrait en temps opportun constitue une question de fait qui aurait dû être laissée à l'appréciation du jury : *P.K.*, par. 11; *O'Flaherty*, par. 60; *Cinous*, par. 52 et 54.

[105] Bref, il appartenait au jury de décider si les propos et la conduite de l'appelante étaient crédibles

believable and sufficient to demonstrate timely and unequivocal notice of withdrawal. As Taschereau J. stated, again in *Henderson*, at p. 237: “The question whether the agreement has been put to an end, must be judged in view of all the circumstances revealed by the evidence, and I have no doubt that it is a question for the jury.”

[106] With respect, I feel bound to conclude that the trial judge, by declining to instruct on the defence of abandonment, encroached “on the jury’s traditional function as arbiter of fact”: *Cinous*, at para. 56.

V

[107] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the appellant’s convictions, and order a new trial.

Appeal dismissed, FISH J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Duval Lauzon Ménard, Trois-Rivières.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Chicoutimi.

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

et suffisants pour établir qu’un avis non équivoque de retrait avait été donné en temps opportun. Comme l’a dit le juge Taschereau, toujours dans *Henderson*, p. 237 : [TRADUCTION] « La question de savoir si on a mis fin à l’entente doit être examinée au vu de l’ensemble des circonstances qui se dégagent de la preuve, et il n’y a aucun doute dans mon esprit que c’est une question relevant du jury. »

[106] Avec égards, j’estime donc devoir conclure que le juge du procès a empiété « sur le rôle traditionnel du jury en tant que juge des faits » en refusant de lui donner des directives sur le moyen de défense de la renonciation : *Cinous*, par. 56.

V

[107] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité visant l’appelante et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge FISH est dissident.

Procureurs de l’appelante : Duval Lauzon Ménard, Trois-Rivières.

Procureur de l’intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Chicoutimi.

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

Edward Sumio Nishi *Appellant*

v.

Rascal Trucking Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: NISHI v. RASCAL TRUCKING LTD.

2013 SCC 33

File No.: 34510.

2013: January 16; 2013: June 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Trusts — Purchase money resulting trust — Appellant using funds received from respondent to purchase property in appellant’s own name — Funds representing disputed monies owed to third party — Whether purchase money resulting trust should be abolished in commercial transactions in favour of unjust enrichment principles — Whether a transfer is gratuitous when it constitutes the discharge of a legal and moral obligation to a third party — Whether a proportionate interest in the property is acquired where the transferor attempted, but failed to secure the title holder’s agreement to an interest in the property — Whether presumption of resulting trust was rebutted.

In 1996, Kismet Enterprises Ltd. owned approximately two acres of land in Nanaimo, British Columbia that it leased to Rascal Trucking Ltd. Rascal began operating a topsoil processing facility on the property that generated significant complaints from the neighbourhood. As a result, the City passed resolutions declaring that the facility was a nuisance. The City subsequently removed the topsoil and lodged the costs incurred of \$110,679.74 against the property as tax arrears. Rascal’s lease included provisions which required it to “hold harmless” Kismet for “any and all liabilities resulting from Rascal’s operations on the property”, but at no point did Rascal reimburse Kismet or the City for the costs of the removal of the topsoil. Kismet determined that, as a result of the tax arrears and the existing mortgage to CIBC, there was no equity left in the property. It stopped making mortgage payments. Throughout the ensuing foreclosure proceedings,

Edward Sumio Nishi *Appellant*

c.

Rascal Trucking Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : NISHI c. RASCAL TRUCKING LTD.

2013 CSC 33

N° du greffe : 34510.

2013 : 16 janvier; 2013 : 13 juin.

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

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

Fiducies — Fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat — Utilisation par l’appellant des fonds reçus de l’intimée pour acheter une propriété en son propre nom — Fonds représentant une somme d’argent contestée due à un tiers — La fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat doit-elle être abolie dans les opérations commerciales en faveur des principes de l’enrichissement injustifié? — Un transfert de fonds est-il fait à titre gratuit s’il constitue l’acquittement d’une obligation légale et morale envers un tiers? — L’auteur du transfert de fonds qui a tenté, sans succès, d’obtenir que le titulaire du titre lui concède un intérêt dans la propriété acquiert-il dans la propriété un intérêt au prorata de la somme transférée? — La présomption de fiducie résultoire a-t-elle été réfutée?

En 1996, Kismet Enterprises Ltd. était propriétaire d’un terrain d’environ deux acres à Nanaimo, en Colombie-Britannique, qu’elle a loué à Rascal Trucking Ltd. Rascal a commencé à y exploiter une installation de production de terre végétale qui a suscité de nombreuses plaintes de la part des résidents du quartier. Par conséquent, la Ville a adopté des résolutions déclarant que l’installation constituait une nuisance. La Ville a ensuite enlevé la terre et imputé les frais engagés, s’élevant à 110 679,74 \$, comme charge grevant la propriété à titre d’arriéré d’impôt. Des dispositions du bail obligeaient Rascal à « exonérer Kismet de toute responsabilité » à l’égard de « tout dommage découlant de ses activités sur la propriété », mais Rascal n’a jamais remboursé à Kismet ou à la Ville les frais engagés pour l’enlèvement de la terre. Kismet est arrivée à la conclusion que, en raison de l’arriéré d’impôt et d’une hypothèque existante consentie à la CIBC, la propriété n’avait plus aucune valeur nette. Elle a donc

Mr. Heringa, the principal of Rascal, tried in a number of ways to acquire the property, but was unsuccessful. In May 2001, the property was sold to Mr. Nishi for \$237,500. Nishi was assisted in the purchase by Rascal in the amount of \$110,679.74, the exact amount of the tax arrears. Heringa sent Nishi's lawyer several faxes containing offers with different terms, attempting to acquire an interest in the property. Nishi did not agree. Heringa subsequently sent a fax indicating that the monies would be advanced "without any conditions or requirements". In November 2008, Rascal began this action claiming a one-half undivided interest in the property. The trial judge dismissed the action but this decision was overturned on appeal.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the trial judge should be restored.

There is no reason to depart from the long-standing doctrine of the purchase money resulting trust in favour of an approach based on unjust enrichment. While flexibility is no doubt desirable in certain areas of the law, the purchase money resulting trust provides certainty and predictability because it relies on a clear rule for determining who holds the beneficial interest in a property. When making a gratuitous transfer of property, the person who makes the transfer must have intended either to pass the beneficial interest (a gift) or retain it (a trust). A purchase money resulting trust is a species of gratuitous transfer resulting trust that arises when a person advances funds to contribute to the purchase price of property, but does not take legal title to that property. Where the person advancing the funds is unrelated to the person taking title, the law presumes that the parties intended for the person who advanced the funds to hold a beneficial interest in the property in proportion to that person's contribution. This presumption can be rebutted if the recipient of the property proves, on a balance of probabilities, that at the time of the contribution, the person making the contribution intended to make a gift to the person taking title. While rebutting the presumption requires evidence of the intention of the person who advanced the funds *at the time of the advance*, after the fact evidence can be admitted so long as the trier of fact is careful to consider the possibility of self-serving changes in intention over time.

arrêté de verser les paiements hypothécaires. Au cours des procédures de forclusion qui ont suivi, M. Heringa, le dirigeant de Rascal, a essayé de différentes façons, mais en vain, d'acquérir la propriété. En mai 2001, la propriété a été vendue à M. Nishi pour 237 500 \$. Au moment de l'achat, M. Nishi a reçu de Rascal une aide au montant de 110 679,74 \$, soit le montant exact de l'arriéré d'impôt. Cherchant à acquérir un intérêt dans la propriété, M. Heringa a envoyé à l'avocat de M. Nishi plusieurs télécopies qui présentaient des offres contenant des modalités différentes, offres que M. Nishi a refusées. Par la suite, M. Heringa a envoyé une télécopie indiquant que la somme d'argent serait avancée « exempte de toute condition ou exigence ». En novembre 2008, Rascal a intenté la présente action en vue d'obtenir un intérêt indivis de 50 pour 100 dans la propriété. Le juge de première instance a rejeté l'action, mais sa décision a été infirmée en appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision du juge de première instance est rétablie.

Il n'y a aucune raison d'écarter la doctrine, établie depuis longtemps, de la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat en faveur d'une démarche fondée sur l'enrichissement injustifié. Bien que la souplesse soit certainement souhaitable dans certains domaines du droit, la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat offre une certitude et une prévisibilité du fait qu'elle est fondée sur une règle claire permettant de déterminer qui détient l'intérêt bénéficiaire sur un bien. Au moment de faire un transfert d'un bien à titre gratuit, l'auteur du transfert doit avoir eu l'intention soit de céder l'intérêt bénéficiaire (donation), soit de le garder (fiducie). La fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat est une sorte de fiducie résultoire découlant d'un transfert à titre gratuit qui s'opère lorsqu'une personne avance des fonds en vue de contribuer au prix d'achat d'un bien sans en acquérir le titre. Lorsque la personne qui avance les fonds n'a aucun lien de parenté avec la personne qui acquiert le titre, il faut présumer en droit que les parties voulaient que l'auteur de l'avance des fonds détienne un intérêt bénéficiaire dans le bien au prorata de sa contribution. Cette présomption peut être réfutée si la personne qui a reçu le bien prouve, selon la prépondérance des probabilités, qu'au moment de faire la contribution, la personne qui a avancé les fonds voulait faire une donation à la personne qui a acquis le titre dans ce bien. Pour réfuter la présomption, il faut prouver l'intention de la personne ayant avancé les fonds *au moment où l'avance a été consentie*, mais des éléments de preuve de l'intention postérieurs à l'avance peuvent être admis dans la mesure où le juge des faits tient dûment compte de la possibilité que l'auteur de l'avance de fonds ait pu changer ses intentions au fil du temps en vue de s'avantager.

Reviewing the trial judge's reasons in their full context confirms that he understood that Rascal's intention at the time of the advance was to contribute to the purchase price without taking a beneficial interest in the property because Rascal was motivated by recognition of the costs that it had imposed on Kismet. This intention, to make good on Rascal's obligations to Kismet by way of a payment to Mr. Nishi, is not inconsistent with a finding of a legal gift. Moreover, Rascal's stated intention was to make the advance without any conditions and its contribution towards the mortgage on the property was the amount of the tax arrears (\$110,679.74) down to the penny. It was open to the trial judge to conclude that the presumption of resulting trust had been rebutted and it was well supported by the evidence.

Cases Cited

Applied: *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795; **referred to:** *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

Authors Cited

Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials, 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.

Snell's Equity, 32nd ed. by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2010.

Waters' Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Thomson Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Kirkpatrick, Frankel and Smith J.J.A.), 2011 BCCA 348, 21 B.C.L.R. (5th) 330, 309 B.C.A.C. 182, 523 W.A.C. 182, 340 D.L.R. (4th) 284, [2011] B.C.J. No. 1561 (QL), 2011 CarswellBC 2154, reversing a decision of Dley J., 2010 BCSC 649, [2010] B.C.J. No. 840 (QL), 2010 CarswellBC 1454. Appeal allowed.

D. Geoffrey G. Cowper, Q.C., and *Joel Payne*, for the appellant.

Craig P. Dennis and *Owen J. James*, for the respondent.

Un examen des motifs du juge de première instance considérés dans leur contexte global confirme que selon lui, l'intention de Rascal, au moment de l'avance de fonds, était de contribuer au prix d'achat sans acquérir un intérêt bénéficiaire sur la propriété parce qu'elle reconnaissait avoir imposé des frais à Kismet. Cette intention d'honorer les obligations de Rascal envers Kismet en faisant un paiement à M. Nishi n'est pas incompatible avec la conclusion qu'une donation a été faite. De plus, l'intention déclarée de Rascal était d'avancer des fonds sans aucune condition, et sa contribution à l'hypothèque grevant la propriété équivalait, au cent près, au montant d'arriéré d'impôt (110 679,74 \$). Il était loisible au juge de première instance de conclure que la présomption de fiducie résultoire avait été réfutée, et cette conclusion était bien étayée par la preuve.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795; **arrêts mentionnés :** *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

Doctrine et autres documents cités

Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials, 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.

Snell's Equity, 32nd ed. by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2010.

Waters' Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Thomson Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Kirkpatrick, Frankel et Smith), 2011 BCCA 348, 21 B.C.L.R. (5th) 330, 309 B.C.A.C. 182, 523 W.A.C. 182, 340 D.L.R. (4th) 284, [2011] B.C.J. No. 1561 (QL), 2011 CarswellBC 2154, qui a infirmé une décision du juge Dley, 2010 BCSC 649, [2010] B.C.J. No. 840 (QL), 2010 CarswellBC 1454. Pourvoi accueilli.

D. Geoffrey G. Cowper, c.r., et *Joel Payne*, pour l'appelant.

Craig P. Dennis et *Owen J. James*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

I. Introduction

[1] A purchase money resulting trust arises when a person advances funds to contribute to the purchase price of property, but does not take legal title to that property. Where the person advancing the funds is unrelated to the person taking title, the law presumes that the parties intended for the person who advanced the funds to hold a beneficial interest in the property in proportion to that person's contribution. This is called the presumption of resulting trust.

[1] Une fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat prend naissance lorsqu'une personne avance des fonds pour contribuer à l'achat d'un bien sans en acquérir le titre de propriété. Lorsque la personne qui avance les fonds n'a aucun lien de parenté avec la personne qui acquiert le titre, il faut présumer en droit que les parties voulaient que l'auteur de l'avance des fonds détienne un intérêt bénéficiaire dans le bien au prorata de sa contribution. Il s'agit de la présomption de fiducie résultoire.

[2] The presumption can be rebutted by evidence that at the time of the contribution, the person making the contribution intended to make a gift to the person taking title. While rebutting the presumption requires evidence of the intention of the person who advanced the funds *at the time of the advance*, after the fact evidence can be admitted so long as the trier of fact is careful to consider the possibility of self-serving changes in intention over time.

[2] La présomption peut être réfutée par une preuve établissant qu'au moment de la contribution, l'auteur de celle-ci voulait faire une donation à la personne ayant acquis le titre. Pour réfuter la présomption, il faut prouver l'intention de la personne ayant avancé les fonds *au moment où l'avance a été consentie*, mais des éléments de preuve de l'intention postérieurs à l'avance peuvent être admis dans la mesure où le juge des faits tient dûment compte de la possibilité que l'auteur de l'avance de fonds ait pu changer ses intentions au fil du temps en vue de s'avantager.

[3] Edward Sumio Nishi has legal title to property. Rascal Trucking Ltd., which advanced funds to assist in the purchase of the property, claims a beneficial interest in that property. The trial judge found that the presumption of resulting trust had been rebutted. That finding was overturned on appeal.

[3] Edward Sumio Nishi détient le titre en common law sur une propriété. Rascal Trucking Ltd., qui a avancé des fonds pour faciliter l'acquisition de cette propriété, réclame un intérêt bénéficiaire dans ce bien. Le juge de première instance a conclu que la présomption de fiducie résultoire avait été réfutée. Cette conclusion a été infirmée en appel.

[4] Mr. Nishi now asks this Court to restore the decision of the trial judge by replacing the doctrine of purchase money resulting trust with the doctrine of unjust enrichment and finding that Mr. Nishi was not unjustly enriched. Alternatively, Mr. Nishi says that the presumption of resulting trust was rebutted. I see no reason to disturb the long settled doctrine of resulting trust in favour of unjust enrichment. Rather, I would allow the appeal based on the

[4] M. Nishi demande maintenant à la Cour de rétablir la décision du juge de première instance en remplaçant la doctrine de la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat par la doctrine de l'enrichissement injustifié et de conclure que M. Nishi ne s'est pas enrichi injustement. Subsidiairement, M. Nishi affirme que la présomption de fiducie résultoire a été réfutée. Je ne vois aucune raison de substituer la doctrine de

factual findings of the trial judge that no resulting trust was created in this case.

II. Facts

[5] In 1996, Kismet Enterprises Ltd. owned approximately two acres of land in Nanaimo, British Columbia. In April 1996, Kismet leased the property to Rascal. Rascal began operating a topsoil processing facility on the property.

[6] Rascal's topsoil operation generated significant complaints from the neighbourhood. As a result, the City of Nanaimo (the "City") passed resolutions, declaring that the facility was a nuisance and authorizing the City to remove the topsoil in the event that neither Kismet nor Rascal did so. The City subsequently removed the topsoil and lodged the costs incurred, amounting to \$110,679.74, against the property as tax arrears. Rascal brought an action challenging the City's authority to pass these resolutions, but this Court ruled in favour of the City in 2000 (*Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342).

[7] Rascal's lease included provisions which required it to "hold harmless" Kismet for "any and all liabilities resulting from Rascal's operations on the property", but at no point did Rascal reimburse Kismet or the City for the costs of the removal of the topsoil.

[8] Kismet determined that, as a result of the tax arrears and the existing mortgage to CIBC, there was no equity left in the property. It stopped making mortgage payments and in December 1997, CIBC began foreclosure proceedings. Throughout the foreclosure proceedings, Hans Heringa, the principal of Rascal, tried in a number of ways to acquire the property, but was rebuffed or ignored by CIBC.

l'enrichissement injustifié à celle de la fiducie résultoire, établie de longue date. Je suis plutôt d'avis d'accueillir le pourvoi en m'appuyant sur les conclusions de faits du juge de première instance selon lesquelles aucune fiducie résultoire n'a été créée en l'espèce.

II. Faits

[5] En 1996, Kismet Enterprises Ltd. était propriétaire d'un terrain d'environ deux acres à Nanaimo, en Colombie-Britannique. En avril 1996, Kismet a loué la propriété à Rascal, qui a commencé à y exploiter une installation de production de terre végétale.

[6] La production de terre végétale par Rascal a suscité de nombreuses plaintes de la part des résidents du quartier. Par conséquent, la ville de Nanaimo (la « Ville ») a adopté des résolutions déclarant que l'installation constituait une nuisance et autorisant la Ville à enlever la terre si Kismet et Rascal ne le faisaient pas. La Ville a ensuite enlevé la terre et imputé les frais engagés, s'élevant à 110 679,74 \$, comme charge grevant la propriété à titre d'arriéré d'impôt. Rascal a intenté une action afin de contester le pouvoir de la Ville d'adopter ces résolutions, et notre Cour a tranché en faveur de la Ville en 2000 (*Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342).

[7] Des dispositions du bail obligeaient Rascal à [TRADUCTION] « exonérer [Kismet] de toute responsabilité » à l'égard de « tout dommage découlant de [ses] activités sur la propriété », mais Rascal n'a jamais remboursé à Kismet ou à la Ville les frais engagés pour l'enlèvement de la terre.

[8] Kismet est arrivée à la conclusion que, en raison de l'arriéré d'impôt et d'une hypothèque existante consentie à la CIBC, la propriété n'avait plus aucune valeur nette. Elle a donc arrêté de verser les paiements hypothécaires et, en décembre 1997, la CIBC a engagé une procédure de foreclosure. Pendant cette procédure, Hans Heringa, le dirigeant de Rascal, a essayé de différentes façons d'acquérir la propriété, mais la CIBC a rejeté ou ignoré ses tentatives.

[9] Upon completion of the foreclosure proceedings, in May 2001, the property was sold to Mr. Nishi for \$237,500. Before selling the property to Mr. Nishi, CIBC paid the tax arrears owing to the City.

[10] Mr. Nishi was assisted in the purchase by Rascal who provided \$85,000 in cash and assumed responsibility for paying \$25,000 on the mortgage. Mr. Heringa acted as guarantor on the mortgage. Subsequent to the purchase of the property, Mr. Heringa instructed his staff that the total contribution to the mortgage should be \$25,679.74. As a result, Rascal's total contribution towards the purchase of the property was \$110,679.74, the exact amount of the tax arrears lodged on the property due to Rascal's topsoil activities.

[11] With respect to this financial support, Mr. Heringa sent Mr. Nishi's lawyer several faxes containing offers with different terms. On May 25, 2001, Mr. Heringa made an offer to contribute \$85,000 in cash and to assume \$25,000 in mortgage payments in exchange for a second mortgage to secure Rascal's interest in the property and for the bottom half of the property. Part of the text of the May 25, 2001 fax is reproduced below:

(1) To advise that \$85,000.00 can be applied to a purchase of this property for \$232,500.00 plus Legal and Land Title costs, to be in the name of Edward Nishi.

(2) Royal Bank (Colleen Tourout) is to advance a First Mortgage. We are taking a 25 year amortization, 5 yr Term, with payments to include Taxes. H. Heringa will act as a Guarantor.

(3) Rascal Trucking Ltd. will be responsible for the payments on \$25,000.00 of the Mortgage.

(4) We would like Edward Nishi to sign Registrable Form documentation for a Second Mortgage for \$110,000, no interest, to secure Rascal's interest in this land. This

[9] Au terme de la procédure de forclusion, en mai 2001, la propriété a été vendue à M. Nishi pour 237 500 \$. Avant de vendre le terrain à M. Nishi, la CIBC a payé l'arriéré d'impôt à la Ville.

[10] Au moment de l'achat, M. Nishi a reçu l'aide de Rascal, qui lui a remis 85 000 \$ en espèces et s'est engagée à payer 25 000 \$ sur l'emprunt hypothécaire. M. Heringa a agi à titre de garant de l'hypothèque. À la suite de l'acquisition de la propriété, M. Heringa a informé son personnel que la contribution totale à l'emprunt hypothécaire était de 25 679,74 \$. Par conséquent, la contribution totale de Rascal à l'acquisition de la propriété s'élevait à 110 679,74 \$, soit le montant exact de l'arriéré d'impôt inscrit à l'égard de la propriété en raison des activités de transformation de terre de Rascal.

[11] Concernant cette aide financière, M. Heringa a envoyé à l'avocat de M. Nishi plusieurs télécopies qui présentaient des offres contenant des modalités différentes. Le 25 mai 2001, M. Heringa a offert de contribuer 85 000 \$ en espèces et de s'engager à rembourser 25 000 \$ sur l'emprunt hypothécaire, en contrepartie d'une deuxième hypothèque visant à garantir l'intérêt de Rascal dans la propriété et de la moitié inférieure de la propriété. Le texte de la télécopie envoyée le 25 mai 2001 est reproduit en partie ci-dessous :

[TRADUCTION]

(1) La somme de 85 000 \$ peut servir à l'achat de cette propriété au prix de 232 500 \$ plus les frais de justice et les frais afférents à l'enregistrement du titre foncier, lequel sera au nom d'Edward Nishi.

(2) La Banque Royale (Colleen Tourout) doit accepter une première hypothèque. Nous prenons un amortissement sur 25 ans, une période de renouvellement de 5 ans et les paiements incluront les impôts. H. Heringa agira à titre de garant.

(3) Rascal Trucking Ltd. sera responsable de payer 25 000 \$ au titre de l'hypothèque.

(4) Nous aimerions qu'Edward Nishi signe les documents relatifs à l'enregistrement d'une deuxième hypothèque de 110 000 \$, sans intérêt, afin de garantir l'intérêt

Second will not be Registered as yet, and only at some later date perhaps, with the consent of both of us.

(5) There should be an Agreement that Edward Nishi will apply for, transfer & convey the bottom 1/2 of the property to Rascal Trucking Ltd., after completion of the Sale, and that it is the intent that Rascal can use, and later own the bottom portion of the property, commencing at the halfway point of the upper driveway, as per the attached Plan. [Emphasis in original; A.R., at pp. 113-14.]

[12] There is no evidence that Mr. Nishi accepted this offer.

[13] On May 28, 2001, Mr. Heringa sent a fax modifying his earlier offer and stating that “the \$85,000.00 is to be applied to the purchase without any conditions or requirements, and these instructions are irrevocable” (A.R., at p. 117). He stated that the request for a second mortgage and for the bottom half of the property to be conveyed to Rascal were “just possibilities, for future reference [and] consideration, and that’s all” (*ibid.* (emphasis in original)). The text of this second fax is reproduced below:

(1) So there is no confusion, Instruction #1, is a stand alone instruction, and the \$85,000.00 is to be applied to the purchase without any conditions or requirements, and these instructions are irrevocable. The sale must complete, in the name of Edward Nishi. Items 2 & 3 are only to confirm what is to occur.

(2) The rest (Items 4 & 5) are just possibilities, for future reference & consideration, and that’s all.

(3) However, if you think that a Second Mortgage or anything else makes sense, to properly protect Nishi, Kismet & Rascal, in the future, from demands from the City or from future Nuisance charges, etc., please advise . . . Also, Rascal doesn’t want to lose its legal non-conforming status in regard to topsoil processing at this site. [Emphasis in original; A.R., at p. 117.]

de Rascal sur le terrain. Cette deuxième hypothèque ne sera pas enregistrée maintenant, mais peut-être seulement à une date ultérieure, avec le consentement des deux parties.

(5) Il devrait être convenu que Edward Nishi demandera le transfert de la moitié inférieure de la propriété en faveur de Rascal Trucking Ltd., après la conclusion de la vente, et que Rascal entend utiliser, et éventuellement acquérir, la moitié inférieure de la propriété, à partir du milieu de la voie d’accès supérieure, tel qu’indiqué au plan joint. [Souligné dans l’original; d.a., p. 113-114.]

[12] Rien n’indique que M. Nishi a accepté cette offre.

[13] Le 28 mai 2001, M. Heringa a envoyé une télécopie dans laquelle il modifiait l’offre précédente et indiquait que [TRADUCTION] « le montant de 85 000 \$ doit servir à l’achat, exempt de toute condition ou exigence, et ces directives sont irrévocables » (d.a., p. 117). Il a affirmé que la demande visant l’obtention d’une deuxième hypothèque et le transfert à Rascal de la moitié inférieure de la propriété n’étaient « que des possibilités, pour consultation [et] examen futurs, et c’est tout » (*ibid.* (souligné dans l’original)). Le texte de cette deuxième télécopie est reproduit ci-dessous :

[TRADUCTION]

(1) Afin d’éviter toute confusion, la première directive est indépendante et le montant de 85 000 \$ doit servir à l’achat, exempt de toute condition ou exigence, et ces directives sont irrévocables. La vente doit être conclue au nom d’Edward Nishi. Les points 2 et 3 ne servent qu’à confirmer ce qui doit se passer.

(2) Les autres points (les points 4 et 5) ne sont que des possibilités, pour consultation et examen futurs, et c’est tout.

(3) Cependant, si vous estimez logique une deuxième hypothèque ou quelque autre élément afin de protéger M. Nishi, Kismet et Rascal, à l’avenir, contre des demandes de la Ville ou des accusations de nuisance, etc. Veuillez nous en informer [. . .] Également, Rascal ne veut pas perdre son statut juridique dérogatoire relativement à la production de terre végétale à cet endroit. [Souligné dans l’original; d.a., p. 117.]

[14] In November 2008, Rascal began this action claiming a one-half undivided interest in the property.

[15] For reasons that will become apparent, it is relevant that Mr. Heringa and Cidalia Plavetic, the principal of Kismet, had had a long-standing business and personal relationship. It is also relevant that Ms. Plavetic and Mr. Nishi are common law partners and have lived on the property since 1997.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

[16] Rascal advanced three arguments before the trial judge. First, Rascal argued that there was an agreement between the parties that half of the property would belong to Rascal. The trial judge rejected this argument but noted that “[Mr. Heringa’s] intention and desire to secure an interest was obvious, but Mr. Nishi would not agree” (2010 BCSC 649 (CanLII), at para. 39).

[17] Second, Rascal argued that since it had contributed to the purchase price of the property but did not take title, a resulting trust arose such that Rascal was entitled to a share of the property in proportion to its contribution to the purchase price. The trial judge rejected this argument, finding that while there was “no issue of a gift”, Mr. Nishi’s evidence was that there was no intention for Rascal to have an interest in the land (paras. 42 and 47). The trial judge found that the purpose of the payment was to satisfy the debt from Rascal to Kismet as a result of the tax arrears for which Rascal acknowledged responsibility due to the “hold harmless” undertaking by Rascal in its lease with Kismet. The trial judge also relied on the fact that the amount of the contribution (\$110,679.74) was equal to the tax arrears caused by Rascal.

[18] Third, the trial judge rejected Rascal’s claim for a constructive trust on the basis of unjust enrichment, finding that the purpose of the contribution

[14] En novembre 2008, Rascal a intenté la présente action en vue d’obtenir un intérêt indivis de 50 pour 100 sur la propriété.

[15] Pour des raisons qui deviendront évidentes, il convient de souligner que M. Heringa et Cidalia Plavetic, la dirigeante de Kismet, avaient entretenu une longue relation commerciale et personnelle. Il convient aussi de noter que M^{me} Plavetic et M. Nishi sont des conjoints de fait et habitent sur la propriété depuis 1997.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

[16] Rascal a fait valoir trois arguments devant le juge de première instance. Tout d’abord, elle a invoqué l’existence d’une entente entre les parties selon laquelle la moitié de la propriété appartiendrait à Rascal. Le juge de première instance a rejeté cet argument, mais a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]’intention et le désir [de M. Heringa] de s’assurer un intérêt étaient évidents, mais M. Nishi n’y a pas consenti » (2010 BCSC 649 (CanLII), par. 39).

[17] Ensuite, Rascal a soutenu que, puisqu’elle avait contribué au prix d’achat de la propriété sans en acquérir le titre, une fiducie résultait de sorte que Rascal avait droit à une part de la propriété au prorata de sa contribution au prix d’achat. Le juge de première instance a rejeté cet argument au motif que, même s’il n’était [TRADUCTION] « pas question d’une donation », M. Nishi avait déclaré qu’il n’y avait aucune intention que Rascal détienne un intérêt dans le terrain (par. 42 et 47). Le juge de première instance a conclu que le paiement devait permettre à Rascal de s’acquitter de la dette qu’elle avait envers Kismet par suite de l’arriéré d’impôt dont Rascal s’est reconnue responsable aux termes de la disposition d’exonération de responsabilité figurant dans le bail conclu avec Kismet. Le juge s’est également fondé sur le fait que le montant de la contribution (110 679,74 \$) correspondait à l’arriéré d’impôt attribuable à Rascal.

[18] Enfin, le juge de première instance a rejeté la prétention de Rascal quant à la création d’une fiducie constructive fondée sur l’enrichissement

was simply to place Ms. Plavetic, Mr. Nishi and Kismet in the same position as if the nuisance and resulting tax arrears had never been caused by Rascal.

B. *Court of Appeal for British Columbia*

[19] The Court of Appeal allowed Rascal's appeal (2011 BCCA 348, 21 B.C.L.R. (5th) 330). That court held that a presumption of resulting trust arose because of a gratuitous transfer between unrelated parties. This presumption was not rebutted because the trial judge had found that there was "no issue of a gift". The trial judge had erred in finding that the presumption had been rebutted because that finding was based on Mr. Nishi's intention and not Rascal's intention. The Court of Appeal observed that it is the intention of the person who advances the funds and not the intention of the recipient that is relevant. The trial judge had concluded that "[Mr. Heringa's] intention and desire to secure an interest was obvious". The fact that Rascal had an obligation to indemnify Kismet for the tax arrears could not serve to rebut the presumption because Mr. Nishi, to whom the payment was made, was a legal stranger to Kismet.

IV. Analysis

[20] Mr. Nishi appealed to this Court on two grounds. First, he argued that the purchase money resulting trust doctrine should be abandoned in favour of an approach based on unjust enrichment and that no unjust enrichment occurred here. Alternatively, he argued that if the purchase money resulting trust is to be retained, it would not apply in this case. I would not give effect to the first ground of appeal. In my view, there is no reason to depart from the long-standing doctrine of the purchase money resulting trust. However, I would allow Mr. Nishi's appeal because there was no resulting trust arising on the facts as found by the trial judge.

injustifié et a conclu que la contribution servait simplement à remettre M^{me} Plavetic, M. Nishi et Kismet dans la même situation que si Rascal n'avait jamais causé la nuisance et l'arriéré d'impôt.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

[19] La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par Rascal (2011 BCCA 348, 21 B.C.L.R. (5th) 330). Elle a conclu qu'une présomption de fiducie résultait à pris naissance en raison du transfert à titre gratuit entre des personnes non apparentées. Cette présomption n'a pas été réfutée parce que le juge de première instance était d'avis qu'il n'était [TRADUCTION] « pas question d'une donation ». Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la présomption avait été réfutée puisque cette conclusion était fondée sur l'intention de M. Nishi et non sur celle de Rascal. La Cour d'appel a fait remarquer que c'est l'intention de la personne qui avance les fonds, et non celle de la personne qui les reçoit, qui est pertinente. Le juge du procès avait affirmé que « [l']intention et le désir [de M. Heringa] de s'assurer un intérêt étaient évidents ». Le fait que Rascal avait l'obligation d'indemniser Kismet de l'arriéré d'impôt ne pouvait servir à réfuter la présomption parce que M. Nishi, le bénéficiaire du transfert, n'avait en droit aucun lien avec Kismet.

IV. Analyse

[20] M. Nishi invoque deux moyens d'appel devant notre Cour. Premièrement, il soutient qu'il conviendrait d'abandonner la doctrine de la fiducie résultante découlant des circonstances d'achat en faveur d'une démarche fondée sur l'enrichissement injustifié, et qu'il n'y avait pas eu d'enrichissement injustifié en l'espèce. Subsidiairement, il plaide que si la doctrine de la fiducie résultante découlant des circonstances d'achat doit être retenue, elle ne s'applique pas en l'espèce. Je suis d'avis ne pas retenir le premier moyen d'appel. J'estime qu'il n'y a aucune raison d'écarter la doctrine, établie depuis longtemps, de la fiducie résultante découlant des circonstances d'achat. Cependant, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Nishi parce que les faits établis par le juge de première instance ne révélaient pas l'existence d'une fiducie résultante.

A. *Should the Purchase Money Resulting Trust Be Abandoned?*

[21] The purchase money resulting trust is a species of gratuitous transfer resulting trust, where a person advances a contribution to the purchase price of property without taking legal title. Gratuitous transfer resulting trusts presumptively arise any time a person voluntarily transfers property to another unrelated person or purchases property in another person's name (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at p. 397).

[22] As Cromwell J. noted in *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, at para. 12, it has been "settled law since at least 1788 in England (and likely long before) that the trust of a legal estate, whether in the names of the purchaser or others, 'results' to the person who advances the purchase money". Despite this recent endorsement of the purchase money resulting trust, Mr. Nishi argues that it should be abandoned in favour of the doctrine of unjust enrichment. The purchase money resulting trust provides certainty and predictability. Mr. Nishi has not advanced arguments that would support overruling the Court's jurisprudence in this area.

[23] This Court has recently considered under what circumstances it should overrule a prior decision of the Court (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489). It is best not to depart from precedent unless there are compelling reasons to do so (*Henry*, at para. 44). The Court will exercise caution in overturning decisions of firm majorities, particularly when those decisions are recent (*Fraser*, at para. 57).

A. *La doctrine de la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat devrait-elle être abandonnée?*

[21] La fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat est une sorte de fiducie résultoire découlant d'un transfert à titre gratuit qui s'opère lorsqu'une personne contribue au prix d'achat d'un bien sans en acquérir le titre. La présomption de fiducie résultoire découlant d'un transfert à titre gratuit prend naissance quand une personne transfère volontairement un bien à une autre personne qui ne lui est pas liée, ou quand elle acquiert un bien au nom d'une autre personne (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 397).

[22] Comme le juge Cromwell l'a signalé dans *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, par. 12, il est bien « établi en droit, depuis au moins 1788 en Angleterre (et probablement bien avant), qu'une fiducie à l'égard d'un domaine légal au nom de l'acheteur ou d'une autre personne "est créée" au bénéfice de la personne qui fournit le prix d'achat ». Malgré le fait que la Cour ait, ainsi, récemment souscrit à la doctrine de la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat, M. Nishi prétend qu'il faudrait abandonner cette doctrine en faveur de celle de l'enrichissement injustifié. La fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat offre une certitude et une prévisibilité. M. Nishi n'a présenté aucun argument qui justifierait que la Cour renverse sa propre jurisprudence dans ce domaine.

[23] La Cour a récemment examiné les circonstances dans lesquelles elle devrait infirmer une décision antérieure (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489). Il est préférable de ne pas s'écarter des précédents à moins de raisons impérieuses (*Henry*, par. 44). La Cour fait preuve de prudence avant d'infirmer des décisions qui expriment l'avis de majorités claires, surtout quand ces décisions sont récentes (*Fraser*, par. 57).

[24] In this case, Mr. Nishi is asking this Court to depart from both *Kerr* and *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795, two recent appeals decided unanimously or by firm majorities. These decisions represent just the most recent endorsements of long-standing doctrine. There is no concrete evidence that the purchase money resulting trust is unworkable or has led to untenable results (*Fraser*, at para. 83). Nor has Mr. Nishi shown that the purchase money resulting trust has been “attenuated or undermined by other decisions of this or other appellate courts” (*R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 778).

[25] Mr. Nishi advances four reasons for abandoning the purchase money resulting trust and gratuitous transfer resulting trusts more generally: overlap with the doctrine of unjust enrichment in terms of purpose; overly restrictive framework for the types of intention that motivate transactions; absence of remedial flexibility; and overall lack of flexibility in terms of what can be considered relative to unjust enrichment.

[26] Mr. Nishi’s first argument is that since the purchase money resulting trust essentially responds to unjust enrichment, it is unnecessary to retain it as a separate doctrine. Even if the purchase money resulting trust is considered to be an inherently restitutionary concept, I would still not give effect to this argument. The argument appears to have been summarily made and in the absence of harm, confusion or other disadvantage, I am not satisfied that conceptual overlap is a sufficient reason to abandon the purchase money resulting trust. This is particularly true in light of the fact that the purchase money resulting trust has been a feature of the common law since at least 1788 and provides certainty and predictability in situations where a person has made a gratuitous advance.

[24] En l’espèce, M. Nishi demande à la Cour de s’écarter de *Kerr* et de *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795, deux pourvois récemment adoptés à l’unanimité ou par une majorité claire. Ces décisions représentent seulement les plus récentes applications d’une doctrine établie depuis longtemps. Rien ne démontre concrètement que la fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat soit inapplicable ou qu’elle ait entraîné des résultats inadmissibles (*Fraser*, par. 83). M. Nishi n’a pas non plus démontré que le principe de la fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat ait été « atténué ou ébranlé par d’autres décisions de notre Cour ou d’autres cours d’appel » (*R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 778).

[25] M. Nishi propose quatre raisons d’abandonner le principe de la fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat et, de façon plus générale, la fiducie résultoire découlant d’un transfert à titre gratuit : le chevauchement de la doctrine de l’enrichissement injustifié pour ce qui est de l’objet, le cadre trop restrictif en ce qui concerne les types d’intention qui motivent les opérations, l’absence de souplesse dans les réparations possibles, et une absence générale de souplesse dans l’analyse de ce type de fiducie résultoire par rapport à la souplesse que permet l’analyse de l’enrichissement injustifié.

[26] Selon le premier argument de M. Nishi, puisque la fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat constitue essentiellement une réponse à l’enrichissement injustifié, il n’est pas nécessaire de la conserver à titre de doctrine distincte. Même si ce type de fiducie est considéré comme un concept de nature fondamentalement réparatoire, je ne retiendrais pas cet argument. M. Nishi semble avoir invoqué cet argument de manière expéditive et, en l’absence de préjudice, confusion ou autre désavantage, je ne suis pas convaincu que le chevauchement conceptuel justifie l’abandon du principe de la fiducie résultoire découlant des circonstances d’achat. Cela est particulièrement vrai si l’on tient compte du fait que ce type de fiducie est, depuis au moins 1788, un élément de la common law qui offre une certitude et une prévisibilité lorsqu’une personne a fait une avance de fonds à titre gratuit.

[27] Mr. Nishi's second argument — that purchase money resulting trusts provide an overly restrictive framework for the types of intention that motivate transactions — must fail because it is based on too narrow an understanding of the scope of gifts in law. The concerns that Mr. Nishi raised in how the Court of Appeal applied this test to the facts here can be resolved more appropriately by considering the legal meaning of the word "gift". As will be discussed in more detail below, the legal concept of a gift is broad enough to include the type of advance made in this case. Legal gifts do not require philanthropic motivations. The trust-gift dichotomy, as Mr. Nishi describes it, is not restrictive. Rather it reflects the fact that when making a gratuitous transfer of property, the person who makes the transfer must have intended either to pass the beneficial interest (a gift) or retain it (a trust).

[28] Mr. Nishi's third and fourth arguments can be considered together. In essence, Mr. Nishi argues that the doctrine of unjust enrichment is preferable because of its flexibility in terms of factors to be considered, overall focus on justice between the parties and broader remedial options. However, desire for flexibility does not constitute a compelling reason for departing from the unanimous decision of this Court in *Kerr*, which was issued just two years ago. While flexibility is no doubt desirable in certain areas of the law, the purchase money resulting trust provides certainty and predictability because it relies on a clear rule for determining who holds the beneficial interest in a property. Absent strong dissenting opinions in this Court, contrary decisions in provincial appellate courts or significant negative academic commentary that would justify disturbing such a settled area of the law, there is no reason to abandon the purchase money resulting trust.

[27] Le deuxième argument de M. Nishi — selon lequel les fiducies résultoires découlant des circonstances d'achat prévoient un cadre trop restrictif en ce qui concerne les types d'intentions qui motivent les opérations — doit être rejeté parce qu'il est fondé sur une interprétation trop étroite de la portée des donations en droit. Il est plus approprié de dissiper les craintes de M. Nishi relatives à la façon dont la Cour d'appel a appliqué ce critère aux faits de l'espèce en examinant le sens juridique du mot « donation ». Ainsi que nous le verrons plus en détail, le concept juridique de la donation est assez vaste pour inclure le type d'avance versée en l'espèce. En droit, une donation n'exige pas l'existence d'une intention philanthropique. La dichotomie opposant fiducie et donation, comme la décrit M. Nishi, n'est pas restrictive. Elle reflète plutôt le fait qu'au moment de faire un transfert d'un bien à titre gratuit, l'auteur du transfert devait avoir eu l'intention soit de céder l'intérêt bénéficiaire (donation), soit de le garder (fiducie).

[28] Les troisième et quatrième arguments de M. Nishi peuvent être examinés ensemble. Essentiellement, M. Nishi soutient qu'il vaut mieux appliquer la doctrine de l'enrichissement injustifié parce qu'elle offre de la souplesse pour ce qui est des facteurs dont il faut tenir compte, qu'elle vise généralement à permettre aux parties d'obtenir justice et qu'elle donne ouverture à des mesures correctives plus larges. Cependant, le désir de souplesse ne constitue pas une raison impérieuse de s'écarter de la décision unanime rendue par notre Cour dans *Kerr*, publié il y a deux ans seulement. Bien que la souplesse soit certainement souhaitable dans certains domaines du droit, la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat offre une certitude et une prévisibilité du fait qu'elle est fondée sur une règle claire permettant de déterminer qui détient l'intérêt bénéficiaire sur un bien. En l'absence d'opinions fortement dissidentes exprimées au sein de notre Cour, de décisions contradictoires rendues par les cours d'appel provinciales ou d'une doctrine défavorable importante qui justifieraient que soit modifié un domaine du droit si bien établi, il n'y a aucune raison d'abandonner la fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat.

B. *Did a Resulting Trust Arise for the Benefit of Rascal?*

[29] Rascal's contribution to the purchase of the property was made without consideration and Rascal and Mr. Nishi are not related. Therefore, the legal presumption of resulting trust applies (*Pecore*, at paras. 24 and 27). This is because in such circumstances equity presumes bargains rather than gifts (*Pecore*, at para. 24). In the context of a purchase money resulting trust, the presumption is that the person who advanced purchase money intended to assume the beneficial interest in the property in proportion to his or her contribution to the purchase price (see *Waters' Law of Trusts in Canada*, at p. 401).

[30] However, the presumption of resulting trust can be rebutted if the recipient of the property proves, on a balance of probabilities, that the person who advanced the funds intended a gift (*Pecore*, at paras. 24 and 44). The relevant intention is the intention of the person who advanced the funds at the time of the contribution to the purchase price (*Pecore*, at para. 59). Therefore, for Mr. Nishi to rebut the presumption in this case, he must prove that Rascal intended to make a gift at the time that Rascal made a contribution to the purchase price, in May 2001.

[31] In my view, the trial judge was correct to conclude that the presumption was rebutted in this case. In his May 28, 2001 fax, Mr. Heringa indicated that the contribution to the purchase price and his intention to pay \$25,000 of the mortgage was made "without any conditions or requirements, and these instructions are irrevocable" (A.R., at p. 117). As will be discussed below, a contribution to the purchase price without any intention to impose conditions or requirements is a legal gift. While Mr. Heringa argued that there was either an agreement to transfer a portion of the land to him or an intention for him to hold a beneficial interest, the trial judge preferred the evidence of Mr. Nishi (para. 40).

B. *Est-ce qu'une fiducie résultoire a été créée en faveur de Rascal?*

[29] La contribution de Rascal à l'achat de la propriété a été faite sans contrepartie et Rascal et M. Nishi n'étaient pas apparentés. Par conséquent, la présomption légale de fiducie résultoire s'applique (*Pecore*, par. 24 et 27). Il en est ainsi parce que, dans de telles circonstances, l'équité présume l'existence d'un marché, et non d'une donation (*Pecore*, par. 24). Dans le contexte d'une fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat, il est présumé que la personne qui a avancé le prix d'achat du bien avait l'intention d'acquérir l'intérêt bénéficiaire sur ce bien au prorata de sa contribution (voir *Waters' Law of Trusts in Canada*, p. 401).

[30] La présomption de fiducie résultoire peut toutefois être réfutée si la personne qui a reçu le bien prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la personne qui a avancé les fonds voulait faire une donation (*Pecore*, par. 24 et 44). L'intention pertinente est celle de la personne qui a avancé les fonds au moment où elle l'a fait (*Pecore*, par. 59). Par conséquent, pour réfuter la présomption en l'espèce, M. Nishi doit prouver que Rascal avait l'intention de faire une donation au moment où elle a fait une contribution au prix d'achat, en mai 2001.

[31] À mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure que la présomption a été réfutée en l'espèce. Sur la télécopie datée du 28 mai 2001, M. Heringa a indiqué que la contribution au prix d'achat et son intention de payer 25 000 \$ de l'emprunt hypothécaire étaient [TRADUCTION] « exempt[s] de toute condition ou exigence, et ces directives sont irrévocables » (d.a., p. 117). Comme il en sera question plus loin, une contribution au prix d'achat faite sans aucune intention d'imposer des conditions ou des exigences constitue une donation en droit. M. Heringa a plaidé qu'il y avait soit une entente selon laquelle une partie du terrain devait lui être transférée, soit une intention qu'il détienne un intérêt bénéficiaire, mais le juge de première instance a privilégié le témoignage de M. Nishi (par. 40).

[32] The Court of Appeal held that the trial judge's findings (1) that there was no issue of a gift and (2) that Mr. Heringa's intention to obtain an interest in the property was obvious, meant that the presumption of resulting trust had not been rebutted. In my view, the Court of Appeal erred in the inferences it drew from the trial judge's reasons on these two key issues.

(1) The Meaning of "Gift"

[33] The trial judge found that there was "no issue of a gift" (para. 42). The Court of Appeal took this statement to mean that the presumption of resulting trust was therefore not rebutted, because to rebut it would require Mr. Nishi to prove that the contribution was a gift. In my respectful view, the Court of Appeal erred by taking this statement in isolation as conclusive of the trial judge's reasoning.

[34] In the trial judge's reasons, immediately following his statement about there being "no issue of a gift", he states: "The presumption of a resulting trust is rebuttable by the title holder showing that the payment was not intended to create a beneficial interest" (para. 42). This demonstrates that the trial judge understood the test for rebutting the presumption to be based on the absence of intention to create a beneficial interest for the transferor. There would have been no need for the trial judge to continue his analysis beyond his statement about there being no issue of a gift, if the trial judge had not been of the opinion that an intention to create a beneficial interest in the transferor was the test for determining whether the presumption of resulting trust had not been rebutted.

[35] The conclusion of the trial judge was that Mr. Nishi had satisfied the burden on him of rebutting the presumption of resulting trust. In so concluding, the reasons of the trial judge appear to suggest that he distinguished between a gift and absence of an intention by the transferor to hold a

[32] La Cour d'appel a conclu que les conclusions du juge de première instance selon lesquelles (1) il n'était pas question d'une donation, et (2) l'intention de M. Heringa d'obtenir un intérêt sur la propriété était évidente, signifiaient que la présomption de fiducie résultoire n'avait pas été réfutée. J'estime que la Cour d'appel a fait erreur en tirant ces conclusions des motifs du juge de première instance en ce qui concerne ces deux questions clés.

(1) Le sens de « donation »

[33] Le juge de première instance a conclu qu'il n'était [TRADUCTION] « pas question d'une donation » (par. 42). Selon la Cour d'appel, cela signifiait que la présomption de fiducie résultoire n'avait donc pas été réfutée puisque, pour la réfuter, M. Nishi devait prouver que la contribution était une donation. À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur en examinant cette déclaration en vase clos et en la considérant comme concluante quant au raisonnement du juge de première instance.

[34] Dans ses motifs, tout de suite après avoir affirmé qu'il n'était [TRADUCTION] « pas question d'une donation », le juge de première instance affirme que « [l]a présomption de fiducie résultoire peut être réfutée si le détenteur du titre démontre que le paiement ne visait pas à créer un intérêt bénéficiaire » (par. 42). Cela démontre que le juge comprenait que le critère applicable à la réfutation de la présomption était fondé sur l'absence de l'intention de créer un intérêt bénéficiaire pour l'auteur du transfert. Le juge de première instance n'aurait pas eu besoin de poursuivre son analyse après avoir affirmé qu'il n'était pas question d'une donation s'il n'avait pas été d'avis que le critère applicable pour déterminer si la présomption de fiducie résultoire n'avait pas été réfutée consistait à savoir si l'auteur du transfert avait l'intention d'acquérir un intérêt bénéficiaire.

[35] Le juge de première instance a conclu que M. Nishi s'était acquitté du fardeau qui lui incombait de réfuter la présomption de fiducie résultoire. Par cette conclusion, ses motifs donnent à croire qu'il a établi une distinction entre une donation et l'absence d'une intention de l'auteur du transfert de détenir

beneficial interest after the advance. Although he made such a distinction, his conclusion that there was no intention to create a beneficial interest in the property for Rascal is legally the same as saying that there was an intention to make a gift to Nishi. The trial judge erred in distinguishing between a gift and intention to create a beneficial interest for the transferee but that error was inconsequential.

[36] Indeed, the trial judge's error may well be explained by reference to the academic authorities as some authorities have phrased the test for rebutting the presumption of resulting trust using language about intention not to hold the beneficial interest in the property. For example, *Snell's Equity* describes the type of evidence required to rebut the presumption as "any evidence tending to indicate that A's intention was that B should take the beneficial interest in the property acquired with A's purchase money" (J. McGhee, ed., *Snell's Equity* (32nd ed. 2010), at para. 25-012). Similarly, *Oosterhoff on Trusts* describes the presumption of resulting trust as "a presumption that the apparent donor did not intend to give the beneficial ownership of the assets to the recipient" (A. H. Oosterhoff et al., eds., *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (7th ed. 2009), at p. 640).

[37] In my view, these formulations are simply another way of describing whether the transferor's intention was to create a legal gift. There is no second category of intention that rebuts the presumption. *Pecore* and *Kerr* did not recognize a different category of intention, other than intention to make a gift, that would rebut the presumption. This is consistent with other authorities such as *Waters' Law of Trusts in Canada* where the proof required to rebut the presumption is intention "to make a gift of the property" (p. 401; see also pp. 406 and 409). In Canada, our jurisprudence is that there is no difference between the intention to make a gift and the intention that the transferor not hold a beneficial interest. In other words, in the case of a gratuitous transfer, there is a gift at law

un intérêt bénéficiaire après le transfert. Même s'il a fait cette distinction, sa conclusion selon laquelle il n'existait aucune intention de créer pour Rascal un intérêt bénéficiaire sur la propriété revient à dire, en droit, qu'il y avait une intention de faire une donation à M. Nishi. Le juge de première instance a commis une erreur en établissant une distinction entre une donation et l'intention de créer un intérêt bénéficiaire pour la personne qui reçoit les fonds, mais cette erreur était sans conséquence.

[36] En effet, l'erreur du juge de première instance peut fort bien s'expliquer par les sources doctrinales vu que certains auteurs ont formulé le critère applicable à la réfutation de la présomption de fiducie résultoire en des termes relatifs à l'intention de ne pas détenir un intérêt bénéficiaire sur le bien. Par exemple, dans *Snell's Equity*, le type de preuve requis pour réfuter la présomption est décrit comme étant [TRADUCTION] « tout élément de preuve qui tend à indiquer que l'intention de A était que B détienne l'intérêt bénéficiaire sur le bien acquis avec l'argent de A » (J. McGhee, dir., *Snell's Equity* (32^e éd. 2010), par. 25-012). De même, dans *Oosterhoff on Trusts*, la présomption de fiducie résultoire est décrite comme [TRADUCTION] « une présomption selon laquelle le donateur apparent n'avait pas l'intention de donner la propriété bénéficiaire du bien au destinataire » (A. H. Oosterhoff et autres, dir., *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (7^e éd. 2009), p. 640).

[37] À mon avis, ces énoncés ne sont qu'une autre façon d'indiquer si l'intention de l'auteur du transfert était de faire une donation. Il n'existe pas une autre catégorie d'intention qui permette de réfuter la présomption. Dans les pourvois *Pecore* et *Kerr*, la Cour n'a pas reconnu une catégorie d'intention différente, autre que l'intention de faire une donation, qui permettrait de réfuter la présomption. Cela correspond à ce que d'autres auteurs ont écrit, notamment dans *Waters' Law of Trusts in Canada*, où il est indiqué que la preuve nécessaire à la réfutation de la présomption est l'intention [TRADUCTION] « de donner le bien » (p. 401; voir aussi p. 406 et 409). Au Canada, il ressort de la jurisprudence qu'il n'y a aucune différence entre l'intention de faire une donation et l'intention que l'auteur du transfert ne

when the evidence demonstrates that, at the time of the transfer, the transferor intended the transferee to hold the beneficial interest in the property being purchased.

[38] Reviewing the trial judge's reasons in their full context confirms that he understood that Rascal's intention at the time of the advance was to make a legal gift — i.e. to contribute to the purchase price without taking a beneficial interest in the property. As the trial judge found, Rascal's contribution to the purchase price was motivated by recognition of the costs that it had imposed on Kismet, the company owned by Ms. Plavetic, Mr. Heringa's friend. As I will explain, this intention, to make good on Rascal's obligations to Kismet by way of a payment to Mr. Nishi, is not inconsistent with a finding of a legal gift. Moreover, as was clear from the May 28, 2001 fax, Rascal's stated intention was to make the advance without any conditions such as obtaining a beneficial interest in any portion of the land.

[39] The trial judge's comment that there was "no issue of a gift" was made in the context of reviewing Mr. Nishi and Ms. Plavetic's perspective on the purpose of the payment:

In this case, there is no issue of a gift. Neither Mr. Nishi nor Ms. Plavetic considered the plaintiff's contribution to be a gift. [para. 42]

Mr. Nishi and Ms. Plavetic did not see the payment as a gift, because as the trial judge went on to describe, Rascal acknowledged its responsibility for a debt to Kismet related to the tax arrears arising from Rascal's topsoil operation. However, it made no sense for Rascal to make that payment directly to Kismet since Kismet was subject to other liabilities and was essentially defunct. If Rascal had made the payment to Kismet, it would not have assisted Mr. Heringa's friends to obtain title to the

détienne pas l'intérêt bénéficiaire. Autrement dit, dans le cas d'un transfert à titre gratuit, il y a une donation en droit quand la preuve démontre que, au moment du transfert, l'auteur voulait que le destinataire détienne l'intérêt bénéficiaire sur le bien acquis.

[38] Un examen des motifs du juge de première instance considérés dans leur contexte global confirme que selon lui, l'intention de Rascal, au moment de l'avance de fonds, était de faire une donation — c.-à-d. contribuer au prix d'achat sans acquérir un intérêt bénéficiaire sur la propriété. Le juge de première instance a conclu que la contribution de Rascal au prix d'achat était attribuable au fait qu'elle reconnaissait avoir imposé des frais à Kismet, l'entreprise qui appartenait à M^{me} Plavetic, l'amie de M. Heringa. Comme je l'expliquerai plus loin, cette intention d'honorer les obligations de Rascal envers Kismet en faisant un paiement à M. Nishi n'est pas incompatible avec la conclusion qu'une donation a été faite. De plus, comme il ressort clairement de la télécopie du 28 mai 2001, l'intention déclarée de Rascal était d'avancer des fonds, sans aucune condition comme l'obtention d'un intérêt bénéficiaire sur une partie du terrain.

[39] Le propos du juge de première instance selon lequel il n'était [TRADUCTION] « pas question d'une donation » a été tenu alors qu'il examinait le point de vue de M. Nishi et de M^{me} Plavetic sur le but du paiement :

[TRADUCTION] En l'espèce, il n'est pas question d'une donation. Ni M. Nishi ni M^{me} Plavetic n'ont considéré la contribution de la demanderesse comme une donation. [par. 42]

M. Nishi et M^{me} Plavetic ne considéraient pas le paiement comme une donation parce que, comme le juge de première instance l'a ensuite expliqué, Rascal s'était reconnue responsable d'une dette envers Kismet relativement à l'arriéré d'impôt découlant de ses activités de production de terre végétale. Cependant, il n'était pas logique pour Rascal de faire ce paiement directement à Kismet puisque cette dernière était assujettie à d'autres obligations et était essentiellement dissoute. Si

property. Making the contribution to the purchase price, therefore, enabled Rascal to live up to its moral commitment in a way that practically benefited Mr. Heringa's friends. It also left open the possibility that in the future they might agree to a second mortgage or a transfer of a portion of the property to Rascal.

[40] Indeed, Mr. Heringa's instructions to his staff on payment of his contribution towards the mortgage on the property refer to the amount of the tax arrears (\$110,679.74) down to the penny. The necessary implication is that Mr. Heringa viewed the payments as connected with that moral obligation. If Mr. Heringa's intention at that time was for Rascal to take a beneficial interest in the property, the moral obligation would not have been fulfilled since Rascal would have used the payment to obtain a corresponding interest in the land and not to make good on its moral obligation. In other words, for these parties, one payment cannot be used both to discharge the moral obligation and to obtain a beneficial interest in the land. The two intentions are incompatible.

(2) Evidence of Rascal's Intention

[41] Evidence that arises subsequent to a gratuitous transfer can be admissible to show the true intention of the transferor (*Pecore*, at para. 59). However, it is the intention of the transferor *at the time of transfer* that is determinative. The difficulty with subsequent evidence is that it may well be self-serving or the product of a change in intention on the part of the transferor (*Pecore*, at para. 59).

[42] The trial judge commented on Rascal's intention twice in his reasons. When discussing whether there was an agreement between Rascal and Mr. Nishi to convey part of the property to Rascal, the trial judge stated that "[Mr. Heringa's] intention and desire to secure an interest was obvious, but Mr. Nishi would not agree" (para. 39). Later in his

Rascal avait fait le paiement à Kismet, elle n'aurait pas aidé les amis de M. Heringa à obtenir le titre de propriété. Par conséquent, la contribution au prix d'achat permettait à Rascal de respecter son engagement moral d'une façon qui avantageait réellement les amis de M. Heringa. Ainsi, il y avait toujours la possibilité qu'ils puissent éventuellement consentir à une deuxième hypothèque ou à un transfert d'une partie de la propriété à Rascal.

[40] De fait, lorsque M. Heringa a donné ses instructions à son personnel à propos du versement de sa contribution à l'hypothèque, il a mentionné le montant d'arriéré d'impôt (110 679,74 \$) au cent près. Il faut nécessairement en déduire que M. Heringa considérait que les paiements étaient liés à cette obligation morale. Si M. Heringa entendait, à ce moment-là, que Rascal acquière un intérêt bénéficiaire sur la propriété, l'obligation morale n'aurait pas été respectée puisque Rascal aurait utilisé le paiement pour obtenir un intérêt correspondant sur le terrain et non pour s'acquitter de son obligation morale. Autrement dit, pour les parties, un paiement ne peut être utilisé à la fois pour s'acquitter de l'obligation morale et pour obtenir un intérêt bénéficiaire sur le terrain. Les deux intentions sont incompatibles.

(2) Preuve de l'intention de Rascal

[41] Les éléments de preuve postérieurs au transfert à titre gratuit peuvent être admissibles pour montrer la véritable intention de l'auteur du transfert (*Pecore*, par. 59). Toutefois, c'est l'intention de l'auteur du transfert *au moment du transfert* qui est déterminante. La difficulté que posent les éléments de preuve postérieurs au transfert est qu'ils peuvent être intéressés ou qu'ils peuvent résulter d'un changement d'intention de la part de l'auteur du transfert (*Pecore*, par. 59).

[42] Dans ses motifs, le juge de première instance a fait deux remarques au sujet de l'intention de Rascal. En examinant la question de savoir si Rascal et M. Nishi avaient convenu qu'une partie de la propriété serait cédée à Rascal, le juge a déclaré que [TRANSCRIPTION] « [I]'intention et le désir [de M. Heringa] de s'assurer un intérêt étaient évidents,

reasons, the trial judge stated that he “specifically accepted the evidence of Mr. Nishi that there was no intention to have any interest in favour of Rascal created in the land” (para. 47). In my view, neither of these statements is inconsistent with the trial judge’s conclusion that the presumption of resulting trust was rebutted.

[43] The trial judge’s first statement was made in the context of discussing whether Mr. Heringa and Mr. Nishi had formed a contract that conveyed an interest in the land to Mr. Heringa. The trial judge stated:

His intention and desire to secure an interest was obvious, but Mr. Nishi would not agree. As a result, I conclude that there was no agreement whereby Mr. Heringa was to be given an interest or ownership position in the land. [Emphasis added; para. 39.]

Mr. Heringa’s desire to obtain an agreement whereby half of the property would be conveyed to him was clear from the content of the May 25, 2001 fax in which he asked for an agreement to transfer and convey the bottom portion of the land to Rascal. However, Mr. Heringa withdrew this request in his May 28, 2001 fax by stating that there were to be no conditions or requirements attached to the financial support.

[44] Rascal argued before this Court that the trial judge’s finding that Mr. Heringa’s “intention and desire to secure an interest was obvious” constitutes a finding of fact as to Rascal’s intention to hold a beneficial interest in the property as a result of the advance. However, the trial judge’s findings with respect to the presence of an intention and desire to enter a contract should not be applied to the issue of resulting trust, when the trial judge did not choose to do so. The trial judge obviously did not consider his finding of an intention to contract to be determinative of intention for the purpose of the resulting trust analysis. Mr. Heringa withdrew this request in his May 28, 2001 fax by stating that there

mais M. Nishi n’y a pas consenti » (par. 39). Plus loin dans ses motifs, le juge a affirmé qu’il avait « expressément accepté le témoignage de M. Nishi selon lequel il n’y avait aucune intention d’accorder à Rascal un intérêt dans le terrain » (par. 47). À mon avis, aucune de ces affirmations n’est incompatible avec la conclusion du juge de première instance selon laquelle la présomption de fiducie résultait d’être réfutée.

[43] La première affirmation du juge de première instance a été faite lorsqu’il a examiné la question de savoir si M. Heringa et M. Nishi avaient conclu un contrat aux termes duquel un intérêt dans le terrain devait être cédé à M. Heringa. Le juge a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] L’intention et le désir [de M. Heringa] de s’assurer un intérêt étaient évidents, mais M. Nishi n’y a pas consenti. Par conséquent, je conclus qu’il n’y avait aucune entente suivant laquelle M. Heringa devait se voir accorder un intérêt dans le terrain ou un titre de propriété de celui-ci. [Je souligne; par. 39.]

Il ressort clairement de la télécopie du 25 mai 2001 — dans laquelle il demandait la conclusion d’une entente prévoyant la cession et le transfert à Rascal de la moitié inférieure du terrain — que M. Heringa désirait conclure une entente suivant laquelle la moitié de la propriété lui serait cédée. Cependant, M. Heringa a retiré cette demande dans la télécopie envoyée le 28 mai 2001 lorsqu’il a déclaré que le soutien financier était exempt de toute condition ou exigence.

[44] Rascal a plaidé devant la Cour que la conclusion du juge de première instance selon laquelle [TRADUCTION] « [l]’intention et le désir [de M. Heringa] de s’assurer un intérêt étaient évidents » constitue une conclusion de fait sur l’intention de Rascal de détenir un intérêt bénéficiaire sur la propriété en contrepartie de l’avance de fonds. Les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne l’intention et le désir de conclure un contrat ne devraient toutefois pas être appliquées à la question de la fiducie résultante puisque le juge a choisi de ne pas le faire. De toute évidence, le juge de première instance n’a pas considéré sa conclusion relative à l’intention de conclure un contrat comme étant

were to be no conditions or requirements attached to the financial support. It was open for the trial judge to organize his factual findings in this manner.

[45] With respect to the trial judge's second statement — that he “accepted the evidence of Mr. Nishi that there was no intention to have any interest in favour of Rascal created in the land” — the trial judge was speaking not just of Mr. Nishi's evidence as to his own intention at the time but also Mr. Nishi's evidence as to Mr. Heringa and Rascal's intention at that time. This follows from his discussion of Rascal's acknowledgement of its responsibility for the debt (paras. 45 and 47).

[46] At trial, it was Rascal's position that at the time of the contribution to the purchase price, Mr. Heringa and Rascal's intention was for Rascal to retain the beneficial interest in proportion to that contribution. The trial judge essentially concluded that Mr. Heringa's evidence at trial about Rascal's intention at the time of the transfer could not be relied upon. Consistent with the caution of this Court in *Pecore*, this is a quintessential example of why after-the-fact evidence should be viewed with skepticism, because it often demonstrates a change in intention, not the intention at the time of the advance. It was open to the trial judge to reach this conclusion and it was well supported by the evidence, particularly Mr. Heringa's May 28, 2001 fax. The trial judge's decision is not in error and ought to be restored.

V. Disposition

[47] The finding of the trial judge that the presumption of resulting trust was rebutted is sound. I would allow the appeal and restore the decision of the trial judge with costs to Mr. Nishi throughout.

déterminante de l'intention pour les besoins de l'analyse de la fiducie résultoire. M. Heringa a retiré cette demande dans la télécopie du 28 mai 2001 en déclarant que le soutien financier était exempt de toute condition ou exigence. Il était loisible au juge d'organiser ses conclusions de fait de cette manière.

[45] Concernant la deuxième affirmation du juge de première instance — selon laquelle il avait [TRADUCTION] « accepté le témoignage de M. Nishi selon lequel il n'y avait aucune intention d'accorder à Rascal un intérêt dans le terrain » — le juge de première instance ne faisait pas seulement référence au témoignage de M. Nishi établissant sa propre intention à ce moment-là, mais aussi au témoignage de M. Nishi au sujet de l'intention de M. Heringa et de Rascal à ce moment-là. C'est ce qui découle de son analyse du fait que Rascal se reconnaissait responsable de la dette (par. 45 et 47).

[46] Au procès, Rascal a soutenu qu'au moment de faire la contribution au prix d'achat, M. Heringa et elle souhaitaient qu'elle conserve l'intérêt bénéficiaire au prorata de sa contribution. Le juge de première instance a essentiellement conclu qu'il ne pouvait s'appuyer sur le témoignage de M. Heringa quant à l'intention de Rascal au moment du transfert. Suivant la mise en garde formulée par la Cour dans *Pecore*, cette conclusion illustre parfaitement la raison pour laquelle les éléments de preuve postérieurs au fait devraient être examinés avec scepticisme, parce qu'ils démontrent souvent un changement d'intention et non l'intention au moment de l'avance de fonds. Il était loisible au juge de première instance d'arriver à cette conclusion, laquelle était bien étayée par la preuve, surtout la télécopie de M. Heringa datée du 28 mai 2001. La décision du juge de première instance n'est pas erronée et doit être rétablie.

V. Dispositif

[47] La conclusion du juge de première instance selon laquelle la présomption de fiducie résultoire avait été réfutée est bien fondée. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance avec dépens en faveur de M. Nishi devant toutes les cours.

Appeal allowed with costs throughout.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'appelant : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Dentons Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Dentons Canada, Vancouver.

**Communications, Energy and Paperworkers
Union of Canada, Local 30** *Appellant*

**Syndicat canadien des communications,
de l'énergie et du papier,
section locale 30** *Appelant*

v.

c.

Irving Pulp & Paper, Limited *Respondent*

Pâtes & Papier Irving, Limitée *Intimée*

and

et

**Construction Owners Association of Alberta,
Construction Labour Relations —
an Alberta Association, Enform,
Canadian National Railway Company,
Canadian Pacific Railway Company,
Via Rail Canada Inc.,
Alberta Federation of Labour,
Communications, Energy and Paperworkers
Union of Canada, Local 707,
Canadian Civil Liberties Association,
Alliance of Manufacturers & Exporters
of Canada, carrying on business as
Canadian Manufacturers & Exporters,
Canadian Mining Association,
Mining Association of British Columbia,
Mining Association of Manitoba Inc.,
Québec Mining Association,
Ontario Mining Association,
Saskatchewan Mining Association
and Power Workers' Union** *Interveners*

**Construction Owners Association of Alberta,
Construction Labour Relations —
an Alberta Association, Enform,
Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada,
Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée,
Via Rail Canada Inc.,
Alberta Federation of Labour,
Syndicat canadien des communications,
de l'énergie et du papier, section locale 707,
Association canadienne des libertés civiles,
Alliance des Manufacturiers et Exportateurs
du Canada, faisant affaire sous le nom de
Manufacturiers et Exportateurs du Canada,
Association minière du Canada,
Mining Association of British Columbia,
Mining Association of Manitoba Inc.,
Association minière du Québec,
Ontario Mining Association,
Saskatchewan Mining Association et
Power Workers' Union** *Intervenants*

**INDEXED AS: COMMUNICATIONS, ENERGY AND
PAPERWORKERS UNION OF CANADA, LOCAL 30 v.
IRVING PULP & PAPER, LTD.**

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT CANADIEN DES
COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER,
SECTION LOCALE 30 c. PÂTES & PAPIER IRVING, LTÉE**

2013 SCC 34

2013 CSC 34

File No.: 34473.

N° du greffe : 34473.

2012: December 7; 2013: June 14.

2012 : 7 décembre; 2013 : 14 juin.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

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

Labour relations — Arbitration — Collective agreements — Management rights — Privacy — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees — Whether unilaterally implementing random testing policy a valid exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether employer could unilaterally implement policy absent reasonable cause or evidence of workplace alcohol abuse.

Administrative law — Judicial review — Standard of review of labour arbitration board's decision — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees holding safety-sensitive positions — Whether arbitration board's decision that harm to employees' privacy outweighed policy's benefits to employer was reasonable.

The Union brought a grievance challenging the mandatory random alcohol testing aspect of a policy on alcohol and drug use that the employer, Irving, unilaterally implemented at a paper mill. Under the policy, 10% of employees in safety sensitive positions were to be randomly selected for unannounced breathalyzer testing over the course of a year. A positive test for alcohol attracted significant disciplinary action, including dismissal.

The arbitration board allowed the grievance. Weighing the employer's interest in random alcohol testing as a workplace safety measure against the harm to the privacy interests of the employees, a majority of the board concluded that the random testing policy was unjustified because of the absence of evidence of an existing problem with alcohol use in the workplace. On judicial review, the board's award was set aside as unreasonable. The New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The legal issue at the heart of this case is the interpretation of the management rights clause of a collective agreement. The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is that any rule or policy unilaterally imposed by

Relations du travail — Arbitrage — Conventions collectives — Droits de la direction — Protection de la vie privée — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés — La mise en œuvre unilatérale d'une politique de tests aléatoires constitue-t-elle un exercice valide des droits de la direction de l'employeur prévus par une convention collective? — L'employeur peut-il mettre en œuvre unilatéralement une politique sans motif raisonnable ou preuve démontrant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision d'un conseil d'arbitrage — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés occupant un poste à risque — La décision du conseil d'arbitrage selon laquelle l'atteinte à la vie privée des employés l'emporte sur les avantages qu'offre la politique à l'employeur est-elle raisonnable?

Le Syndicat a déposé un grief pour contester le volet sur les tests obligatoires aléatoires de dépistage d'alcool d'une politique sur la consommation d'alcool et de drogues que l'employeur, Irving, avait mise en œuvre unilatéralement à son usine de papier. Suivant cette politique, au cours d'une année, 10 % des employés qui occupent un poste à risque allaient être choisis au hasard pour subir l'épreuve de l'éthylomètre sans préavis. Un résultat positif allait emporter des sanctions disciplinaires graves, dont potentiellement le congédiement.

Le conseil d'arbitrage a accueilli le grief. Après avoir mis en balance l'intérêt de l'employeur à mener des tests aléatoires de dépistage d'alcool comme mesure de sécurité en milieu de travail, d'une part, et l'atteinte à l'intérêt des employés à l'égard de leur vie privée, d'autre part, une majorité du conseil a conclu que la politique de tests aléatoires n'était pas justifiée vu l'absence d'éléments de preuve révélant l'existence d'un problème de consommation d'alcool en milieu de travail. À l'issue du contrôle judiciaire, la sentence arbitrale a été annulée après avoir été jugée déraisonnable. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La question juridique au cœur du présent litige est celle de l'interprétation de la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction. L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective veut que la règle

an employer and not subsequently agreed to by the union must be consistent with the collective agreement and be reasonable.

A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees’ privacy rights. This approach has resulted in a consistent arbitral jurisprudence whereby arbitrators have found that when a workplace is dangerous, an employer can test an individual employee if there is reasonable cause to believe that the employee was impaired while on duty, was involved in a workplace accident or incident, or was returning to work after treatment for substance abuse.

A unilaterally imposed policy of mandatory random testing for employees in a dangerous workplace has been overwhelmingly rejected by arbitrators as an unjustified affront to the dignity and privacy of employees unless there is evidence of enhanced safety risks, such as evidence of a general problem with substance abuse in the workplace. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise. It has never been found to be an automatic justification for the unilateral imposition of unfettered random testing with disciplinary consequences.

In this case, the expected safety gains to the employer were found by the board to range from uncertain to minimal, while the impact on employee privacy was severe. The board concluded that eight alcohol-related incidents at the Irving mill over a 15-year period did not reflect the requisite problem with workplace alcohol use. Consequently, the employer had not demonstrated the requisite safety concerns that would justify universal random testing. As a result, the employer exceeded the scope of its rights under the collective agreement.

ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable.

Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l’exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts » soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l’employé n’est passible d’une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l’employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d’adopter une telle règle l’emporte sur l’incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. De cette démarche a résulté une jurisprudence arbitrale constante suivant laquelle, dans un lieu de travail dangereux, l’employeur peut faire subir un test à un employé s’il a un motif raisonnable de croire que ce dernier a eu les facultés affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, a été impliqué dans un accident ou un incident de travail ou reprend du service après avoir suivi un traitement pour combattre l’alcoolisme ou la toxicomanie.

Les arbitres ont rejeté massivement l’imposition unilatérale d’une politique de tests obligatoires aléatoires s’appliquant aux employés d’un lieu de travail dangereux, estimant qu’il s’agissait d’une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés, sauf s’il existe des indices d’un risque accru pour la sécurité, comme un problème généralisé d’alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail. La dangerosité d’un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l’analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité. Les tribunaux n’ont jamais jugé qu’elle justifie automatiquement l’imposition unilatérale d’un régime illimité de tests aléatoires susceptibles d’emporter des sanctions disciplinaires.

En l’espèce, le conseil d’arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l’employeur se situaient dans la fourchette entre incertains et minimes, tandis que l’atteinte à la vie privée des employés était grave. Selon le conseil d’arbitrage, huit incidents liés à la consommation d’alcool et survenus à l’usine Irving sur une période de 15 ans ne révélaient pas le degré jugé suffisant de problème de consommation d’alcool en milieu de travail. Par conséquent, l’employeur n’avait pas démontré, comme il le devait, l’existence de préoccupations en ce qui a trait à la sécurité qui justifierait l’application universelle de tests aléatoires. Par conséquent, l’employeur a outrepassé les droits de la direction que lui confère la convention collective.

The applicable standard for reviewing the decision of the labour arbitrator is reasonableness. The board's decision must be approached as an organic whole, not as a line-by-line treasure hunt for error. In this case, based on the findings of fact and the relevant jurisprudence, the decision was a reasonable one.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver J.J. (dissenting): There is agreement with the majority that the standard of review is reasonableness. However, there is disagreement as to the application of that standard. In striking down the policy, the board departed from an arbitral consensus that has attempted to strike a balance between competing interests in privacy and safety in the workplace. In so doing, it came to an unreasonable decision.

This case asks whether management's exercise of its unilateral rule-making power can be justified under a collective agreement. That question is one the New Brunswick legislature has delegated to labour arbitrators. Their decisions are entitled to a protected zone of deference in which the courts should not willingly enter as competing arbiters of labour policy. Reasonable people may well differ about the wisdom of the legislative choice to entrust labour arbitrators with a policy-making function that potentially carries serious repercussions for public safety. Indeed, the fact that the public interest — not merely that of employer and employee — is relevant in cases such as this one may counsel a reassessment of that choice. But that decision is one for the New Brunswick legislature, not this Court.

Nevertheless, under reasonableness review there is a difference between judicial abdication and judicial restraint. To the extent a particular arbitral award is unreasonable — as this one is — it remains liable to being set aside on judicial review.

Where arbitral consensus exists, it raises a presumption — for the parties, labour arbitrators, and the courts — that subsequent arbitral decisions will follow those precedents. Consistent rules and decisions are fundamental to the rule of law. Therefore, arbitral precedents in previous cases concerning management's unilateral adoption of a random alcohol testing policy shape the contours of what qualifies as a reasonable decision in this case.

La norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du travail est celle de la décision raisonnable. Il faut considérer la sentence arbitrale comme un tout et s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur. En l'espèce, compte tenu des conclusions de faits et de la jurisprudence pertinente, la décision du conseil arbitrale était raisonnable.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. Toutefois, il y a désaccord quant à l'application de cette norme. En annulant la politique, le conseil a fait abstraction d'un consensus auquel étaient parvenus les arbitres, qui ont tenté de trouver un équilibre entre les intérêts opposés de la vie privée et de la sécurité en milieu de travail. Ce faisant, il a rendu une décision déraisonnable.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la direction peut être justifiée, par application d'une convention collective, d'exercer un pouvoir décisionnel unilatéral. Il s'agit d'une question que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a déléguée aux arbitres en droit du travail. Ainsi, leurs décisions commandent la déférence et les tribunaux ne devraient pas intervenir avec désinvolture et agir en tant qu'arbitres d'une politique de travail. Des personnes raisonnables pourraient remettre en question le choix du législateur de confier aux arbitres la fonction d'adopter des politiques qui pourraient avoir des répercussions graves sur la sécurité publique. En effet, la reconnaissance que l'intérêt du public — et non simplement celui de l'employeur et de l'employé — est pertinent dans des cas comme celui-ci pourrait commander une réévaluation de ce choix. Cette décision revient toutefois au législateur du Nouveau-Brunswick et non à la Cour.

Quoi qu'il en soit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable, il existe une différence entre la renonciation judiciaire et la retenue judiciaire. Dans la mesure où une sentence arbitrale donnée est déraisonnable — comme celle en l'espèce —, elle est susceptible d'être annulée à l'issue du contrôle judiciaire.

Lorsqu'il y a consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes se conformeront à ces précédents. L'uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. Par conséquent, la jurisprudence arbitrale antérieure portant sur l'adoption unilatérale d'une politique de dépistage aléatoire d'alcool a établi les limites de ce qui constitue une décision raisonnable en l'espèce.

The arbitral jurisprudence does not recognize an unqualified right of employers to unilaterally impose workplace rules on their employees outside of the collective bargaining process. Rather, the onus is on the employer to justify such rules based on compliance with standards established by the arbitral jurisprudence. In this case, the only standard in dispute was the reasonableness of the policy. The key question is the threshold of evidence that the employer was required to introduce in order to meet its burden to demonstrate reasonableness and thereby justify its random alcohol testing policy.

From a review of the relevant arbitral decisions, what emerges is an arbitral consensus that an employer must demonstrate evidence of an alcohol problem in the workplace in order to justify a random alcohol testing policy. That is the evidentiary threshold accepted by arbitrators who have upheld such policies and those who have struck them down. Thus, barring some explanation, whether implicit or explicit, for its basis for departing from it, that is the evidentiary threshold the board in this case should have applied. That is not, however, what the board did.

Though purporting to apply the test emerging from the arbitral consensus, the board elevated the threshold of evidence that Irving was required to lead in order to justify its random alcohol testing policy and offered no reason for doing so. The board required evidence of a “significant” or “serious” problem at the Irving mill. The standard reflected in the arbitral consensus, however, is evidence of “a” problem. The difference between the two approaches is obviously a marked one and it cannot be ignored. The board then required that the evidence of alcohol use be tied or causally linked to the accident, injury or near miss history at the plant. Again, there is no support for such a requirement in the arbitral jurisprudence. An employer does not have to wait for a serious incident of loss, damage, injury or death to occur before taking action. To require such a causal connection is not only unreasonable, it is patently absurd. It is the application of this higher evidentiary standard which dictated the board’s decision to strike down the policy. The evidence was the decisive factor.

To be clear, it was open for the board in this case to depart from the arbitral consensus in reaching its conclusion, provided it had a reasonable basis for doing so.

La jurisprudence arbitrale ne reconnaît aucun droit absolu aux employeurs d’imposer unilatéralement des règles en milieu de travail à leurs employés en dehors du processus de négociation collective. Il incombe plutôt à l’employeur de justifier de telles règles sur le fondement du respect des normes établies par cette jurisprudence. En l’espèce, la seule norme en cause était celle du caractère raisonnable de la politique. La question clé est le seuil de preuve que l’employeur était tenu de présenter afin de s’acquitter de son fardeau de démontrer la raisonnable et de justifier par le fait même sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool.

Le constat qui se dégage, par conséquent, de l’examen des décisions pertinentes est qu’il existe un consensus arbitral selon lequel un employeur doit fournir des indices de consommation d’alcool en milieu de travail pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Il s’agit du seuil de preuve accepté par les arbitres qui ont confirmé de telles politiques et par ceux qui les ont annulées. Ainsi, à défaut d’avoir expliqué pourquoi il a fait abstraction de ce seuil, il s’agit de celui que le conseil aurait dû appliquer en l’espèce. Mais, ce n’est pas ce qu’il a fait.

Bien qu’il ait prétendu avoir appliqué le critère découlant du consensus arbitral, le conseil a élevé le seuil de preuve qu’Irving était tenu de présenter afin de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool, sans toutefois motiver sa décision. Le conseil a exigé la preuve d’un « problème important » ou d’un « problème grave » à l’usine Irving. La norme qui se dégage du consensus arbitral est plutôt celle de la preuve de l’existence d’un « problème ». La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée. Le conseil a ensuite exigé que l’élément de preuve démontrant l’existence d’un problème d’alcool soit lié aux accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse — survenus à l’usine ou ait un lien de causalité avec ceux-ci. Encore une fois, cette exigence n’est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. L’employeur ne doit pas attendre qu’un incident grave, comme une perte, des dommages, des blessures ou un décès, ne survienne avant de prendre des mesures. Exiger que l’employeur établisse un tel lien de causalité est non seulement déraisonnable, mais manifestement absurde. C’est l’application de cette norme plus élevée qui a dicté la conclusion du conseil en l’espèce d’annuler la politique. La preuve était le facteur déterminant.

Bref, il était loisible au conseil en l’espèce de faire abstraction du consensus arbitral pour arriver à sa conclusion, pourvu qu’il eût un motif raisonnable de le

In so departing, it was thus incumbent upon the board to provide some explanation for its reasoning. Here, the board provided no explanation whatsoever — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for the new evidentiary standard that it applied. In the absence of a reasonable explanation for its novel test, the board must be taken as having misapplied the existing test, which in the circumstances of this case rendered its decision unreasonable.

The reasonableness of the board's reasoning is further undermined by its inference that the risk at the Irving mill was not high based on the fact that only 10% of mill employees in safety-sensitive positions were tested in any given year. The inference was unreasonable because it failed to recognize that: even low testing percentages can be highly effective; testing a higher percentage of employees in order to establish the reasonableness of a workplace testing policy would perversely incentivize employers and lead to a greater intrusion into the privacy of employees; and the threshold set by Irving is not out of the mainstream for random alcohol testing.

In sum, the board departed from the legal test emerging from the arbitral consensus by elevating the threshold of evidence Irving was required to introduce in order to justify a policy of random alcohol testing. In the absence of any explanation whatsoever, it is impossible to understand why the board thought it reasonable to do what it did. In the circumstances of this case, its decision thus fell outside the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240; *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25; *Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers*,

faire. Ainsi, il incombait au conseil d'expliquer son raisonnement. En l'espèce, il n'a fourni aucune explication — implicite ou explicite, raisonnable ou déraisonnable — pour justifier la nouvelle norme de preuve qu'il a appliquée. Comme le conseil n'a pas expliqué de façon raisonnable pourquoi il a appliqué un nouveau critère, nous devons considérer qu'il a mal appliqué le critère déjà établi, ce qui, dans les circonstances de l'espèce, a rendu sa décision déraisonnable.

L'inférence tirée par le conseil voulant que le risque fût peu élevé à l'usine Irving parce que seulement 10 % des employés de l'usine occupant des postes à risque allaient subir des tests au cours d'une année donnée a également miné la raisonnabilité du raisonnement du conseil. L'inférence était déraisonnable parce qu'elle ne tenait pas compte du fait que : même les faibles pourcentages de dépistage peuvent être hautement efficaces; faire subir un test à un pourcentage plus élevé d'employés afin d'établir la raisonnabilité d'une politique de tests de dépistage en milieu de travail inciterait abusivement les employeurs à agir ainsi et mènerait à une intrusion plus grande dans la vie privée des employés; le seuil établi par Irving n'est pas marginal en ce qui a trait aux tests aléatoires de dépistage d'alcool.

En résumé, le conseil a dérogé au critère juridique s'étant dégagé du consensus arbitral en élevant le seuil de preuve qu'Irving était tenue de présenter pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. En l'absence d'une quelconque explication, il est impossible de comprendre pourquoi le conseil pensait qu'il était raisonnable d'agir comme il l'a fait. Dans les circonstances de l'espèce, sa décision n'appartenait donc pas aux issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240; *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25; *Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers*,

Local 636 (1974), 5 L.A.C. (2d) 285; *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix; *Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69; *N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636; *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424; *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000 (unreported); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399.

By Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting)

Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614, [1994] B.C.C.A.A.A.

Local 636 (1974), 5 L.A.C. (2d) 285; *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. ix; *Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69; *N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636; *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424; *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, 27 mai 2000 (non publié); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399.

Citée par les juges Rothstein et Moldaver (dissidents)

Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614, [1994]

No. 244 (QL); *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193; *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257; *Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000 (unreported); *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193; *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257; *Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*,

18 L.A.C. (4th) 412; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

49 C.F.R. Part 382 (2001) (U.S.).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 32(1), 55(1), 77(1).
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).
Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012, No. 662 (N.S.W.).
Railway Safety Act 2005 (I.).

Authors Cited

Borack, Jules I. “Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs”. San Diego: Navy Personnel Research and Development Center, 1998.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on National Health and Welfare*, including “‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”, No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., 1987, p. 25.

Canada. Minister of National Health and Welfare. “Government Response to the Report of the Standing Committee on ‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.

Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. *Labour Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto: Lancaster House, 2012.

Snyder, Ronald M. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

United States. Department of Transportation. “Current Random Testing Rates” (2013) (online: <http://www.dot.gov>).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J. and Turnbull and

27 mai 2000 (non publié); *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

49 C.F.R. Part 382 (2001) (É.-U.).
Charte canadienne des droits et libertés.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(12)(j).
Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 32(1), 55(1), 77(1).
Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012, No. 662 (N.-G.S.).
Railway Safety Act 2005 (I.).

Doctrine et autres documents cités

Borack, Jules I. « Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs ». San Diego : Navy Personnel Research and Development Center, 1998.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social*, y compris « Boisson, pilules et drogue : Comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2^e sess., 33^e lég., 1987, p. 31.

Canada. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. « Réponse du gouvernement au rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue : Comment diminuer leur consommation au Canada ». Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1988.

États-Unis. Department of Transportation. « Current Random Testing Rates » (2013) (online : <http://www.dot.gov>).

Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace : An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. *Labour Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto : Lancaster House, 2012.

Snyder, Ronald M. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les

Robertson J.J.A.), 2011 NBCA 58, 375 N.B.R. (2d) 92, 348 D.L.R. (4th) 105, 30 Admin. L.R. (5th) 269, 216 L.A.C. (4th) 418, 969 A.P.R. 92, [2011] N.B.J. No. 230 (QL), 2011 CarswellNB 356, affirming a decision of Grant J., 2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234, 199 L.A.C. (4th) 321, 946 A.P.R. 234, [2010] N.B.J. No. 331 (QL), 2010 CarswellNB 494, setting aside an award of an arbitration board, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver J.J. dissenting.

Daniel Leger, David Mombourquette and Joël Michaud, for the appellants.

Neil Finkelstein, Steven Mason, Brandon Kain, Byron Shaw and William Goss, Q.C., for the respondent.

Barbara B. Johnston and April Kosten, for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association and Enform.

Robert Dupont, Simon-Pierre Paquette and Johanne Cavé, for the interveners the Canadian National Railway Company, the Canadian Pacific Railway Company and Via Rail Canada Inc.

Written submissions only by *Ritu Khullar and John Carpenter*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

Ritu Khullar, for the intervener the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 707.

Joshua S. Phillips and Karen Ensslen, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Norman A. Keith, Ailsa Jane Wiggins and Anna Abbott, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters.

judges Turnbull et Robertson), 2011 NBCA 58, 375 R.N.-B. (2^e) 92, 348 D.L.R. (4th) 105, 30 Admin. L.R. (5th) 269, 216 L.A.C. (4th) 418, 969 A.P.R. 92, [2011] A.N.-B. n° 230 (QL), 2011 CarswellNB 357, qui a confirmé une décision du juge Grant, 2010 NBBR 294, 367 R.N.-B. (2^e) 234, 199 L.A.C. (4th) 321, 946 A.P.R. 234, [2010] A.N.-B. n° 331 (QL), 2010 CarswellNB 494, qui a infirmé une sentence d'un conseil d'arbitrage, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents.

Daniel Leger, David Mombourquette et Joël Michaud, pour l'appelant.

Neil Finkelstein, Steven Mason, Brandon Kain, Byron Shaw et William Goss, c.r., pour l'intimée.

Barbara B. Johnston et April Kosten, pour les intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association et Enform.

Robert Dupont, Simon-Pierre Paquette et Johanne Cavé, pour les intervenantes la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée et Via Rail Canada Inc.

Argumentation écrite seulement par *Ritu Khullar et John Carpenter*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Ritu Khullar, pour l'intervenant le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707.

Joshua S. Phillips et Karen Ensslen, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Norman A. Keith, Ailsa Jane Wiggins et Anna Abbott, pour l'intervenante l'Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada.

Peter A. Gall, Q.C., Andrea Zwack and Melanie Vipond, for the interveners the Canadian Mining Association, the Mining Association of British Columbia, the Mining Association of Manitoba Inc., the Québec Mining Association, the Ontario Mining Association and the Saskatchewan Mining Association.

Andrew K. Lokan, Emily Lawrence and Christopher M. Dassios, for the intervener the Power Workers' Union.

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Privacy and safety are highly sensitive and significant workplace interests. They are also occasionally in conflict. This is particularly the case when the workplace is a dangerous one.

[2] In a unionized workplace, these issues are usually dealt with in the course of collective bargaining. If an employer, however, decides not to negotiate safety measures before implementing them, and if those measures have disciplinary consequences for employees, the employer must bring itself within the scope of the management rights clause of the collective agreement.

[3] The legal issue at the heart of this case is the interpretation of the management rights clause of a collective agreement. This is a labour law issue with clear precedents and a history of respectful recognition of the ability of collective bargaining to responsibly address the safety concerns of the workplace — and the public.

[4] A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context, resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the

Peter A. Gall, c.r., Andrea Zwack et Melanie Vipond, pour les intervenantes l'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., l'Association minière du Québec, Ontario Mining Association et Saskatchewan Mining Association.

Andrew K. Lokan, Emily Lawrence et Christopher M. Dassios, pour l'intervenant Power Workers' Union.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La vie privée et la sécurité sont des intérêts liés au milieu de travail à la fois très importants et très délicats. Ils entrent aussi parfois en conflit, tout particulièrement lorsque le lieu de travail est dangereux.

[2] Dans un milieu de travail syndiqué, ces questions sont habituellement traitées dans le cadre de la négociation collective. Toutefois, si un employeur choisit de mettre en place des mesures de sécurité sans les négocier au préalable et si ces mesures emportent des sanctions disciplinaires pour les employés, il doit s'assurer qu'elles relèvent de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction.

[3] La question juridique au cœur du présent litige est celle de l'interprétation de la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction. C'est une question relevant du droit du travail qui a fait l'objet de précédents clairs et d'un historique de reconnaissance respectueuse que les négociations collectives peuvent traiter de manière responsable des enjeux de sécurité en milieu de travail — ainsi que de ceux relatifs à la sécurité du public.

[4] Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l'exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts »

hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees' privacy rights. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise.

[5] This approach has resulted in a consistent arbitral jurisprudence whereby arbitrators have found that when a workplace is dangerous, an employer can test an individual employee if there is reasonable cause to believe that the employee was impaired while on duty, was involved in a workplace accident or incident, or was returning to work after treatment for substance abuse. In the latter circumstance, the employee may be subject to a random drug or alcohol testing regime on terms negotiated with the union.

[6] But a unilaterally imposed policy of mandatory, random and unannounced testing for *all* employees in a dangerous workplace has been overwhelmingly rejected by arbitrators as an unjustified affront to the dignity and privacy of employees unless there is reasonable cause, such as a general problem of substance abuse in the workplace. This body of arbitral jurisprudence is of course not binding on this Court, but it is nevertheless a valuable benchmark against which to assess the arbitration board's decision in this case.

[7] It cannot be seriously challenged, particularly since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that the applicable standard for reviewing the decision of a labour arbitrator is reasonableness (*Dunsmuir*, at para. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paras. 31 and 42; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*

soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l'employé n'est passible d'une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l'employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d'adopter une telle règle l'emporte sur l'incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. La dangerosité d'un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l'analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité.

[5] De cette démarche a résulté une jurisprudence arbitrale constante suivant laquelle, dans un lieu de travail dangereux, l'employeur peut faire subir un test à un employé s'il a un motif raisonnable de croire que ce dernier a eu les facultés affaiblies dans l'exercice de ses fonctions, a été impliqué dans un accident ou un incident de travail ou reprend du service après avoir suivi un traitement pour combattre l'alcoolisme ou la toxicomanie. Dans ce dernier cas, l'employé peut être assujéti à un régime de tests aléatoires de dépistage de drogue et d'alcool dont le syndicat aura négocié les modalités.

[6] Toutefois, les arbitres ont rejeté massivement l'imposition unilatérale d'une politique de tests obligatoires, aléatoires et sans préavis s'appliquant à *tous* les employés d'un lieu de travail dangereux, estimant qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés, sauf si cette politique repose sur un motif raisonnable, comme un problème généralisé d'alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail. Cette jurisprudence arbitrale ne lie certes pas la Cour. Elle constitue néanmoins une référence utile pour évaluer la décision du conseil d'arbitrage en l'espèce.

[7] On ne peut plus sérieusement contester, tout particulièrement depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, que la norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du travail est celle de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 31 et 42; *Newfoundland*

v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708).

[8] In a thoughtful and meticulous decision of almost 80 pages, a majority of the arbitration board in this case, applying the arbitral consensus, concluded that the employer, Irving Pulp & Paper, Limited, exceeded the scope of its management rights under a collective agreement by imposing random alcohol testing in the absence of evidence of a workplace problem with alcohol use. In my view, based on the board's findings of fact and its reliance on the arbitral consensus for determining the scope of the employer's rights under the collective agreement in such circumstances, the decision was a reasonable one.

Background

[9] Irving operates a kraft paper mill in Saint John, New Brunswick. Between 1991 and 2006, Irving had no formal policy with respect to alcohol and drug use at the mill. In 2006, it unilaterally adopted a "Policy on Alcohol and Other Drug Use" under the management rights clause of the collective agreement without any negotiations with the union. The policy imposed drug or alcohol testing for employees holding positions designated by Irving as "safety sensitive".

[10] The policy contained a universal random alcohol testing component, whereby 10% of the employees in safety sensitive positions were to be randomly selected for unannounced breathalyzer testing over the course of a year. A positive test for alcohol, that is, one showing a blood alcohol concentration greater than 0.04%, attracted significant disciplinary action, including dismissal. Failure to submit to testing was grounds for immediate dismissal.

and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708).

[8] Dans des motifs de décision réfléchis et rédigés méticuleusement de presque 80 pages, la majorité du conseil d'arbitrage qui s'est prononcé en l'espèce a conclu, en appliquant le consensus qui se dégage de la jurisprudence arbitrale, que l'employeur, Pâtes & Papier Irving, Limité, avait outrepassé les droits de la direction que lui confère la convention collective en imposant des tests aléatoires de dépistage d'alcool en l'absence d'indices révélant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail. À mon avis, vu les conclusions de fait du conseil d'arbitrage et son application du critère qui fait consensus parmi les arbitres pour déterminer la portée des droits de l'employeur prévus dans la convention collective dans de telles circonstances, la décision était raisonnable.

Contexte

[9] Irving exploite une usine de papier kraft à Saint John, au Nouveau-Brunswick. De 1991 à 2006, l'entreprise n'avait pas de politique officielle traitant de la consommation d'alcool et de drogue à l'usine. En 2006, elle a adopté unilatéralement, sans négocier avec le syndicat, la [TRADUCTION] « Politique sur la consommation d'alcool et d'autres drogues » en vertu de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction. Suivant cette politique, les employés qui occupaient un poste à risque, selon Irving, étaient tenus de subir un test de dépistage d'alcool ou de drogues.

[10] Un des volets de la politique prévoyait l'application universelle de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Ainsi, au cours d'une année, 10 % de tous les employés qui occupaient un poste à risque allaient être choisis au hasard pour subir l'épreuve de l'éthylomètre sans préavis. Un résultat positif — c'est-à-dire une alcoolémie supérieure à 0,04 % — emporterait des sanctions disciplinaires graves, dont potentiellement le congédiement. Le refus de se soumettre au test justifierait le congédiement immédiat.

[11] Among the employees randomly tested under this aspect of the policy was Perley Day, a member of the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30. Mr. Day was a teetotaler who had not had a drink since 1979. His breathalyzer test revealed a blood alcohol level of zero. The Union filed a grievance on his behalf challenging only the random alcohol testing aspect of the policy.

[12] The rest of the testing policy was not challenged. Under it, employees were subject to mandatory testing if there was reasonable cause to suspect the employee of alcohol or other drug use in the workplace, after direct involvement in a work-related accident or incident, or as part of a monitoring program for any employee returning to work following voluntary treatment for substance abuse.

[13] Mr. Day's inclusion in the class of employees occupying safety sensitive positions was undisputed, as was the fact that the workplace represented a dangerous work environment. However there were only eight documented incidents of alcohol consumption or impairment at the workplace over a period of 15 years from April 1991 to January 2006. Nor were there any accidents, injuries or near misses connected to alcohol use. By December 2008, when the arbitration was heard, the testing policy had been in effect for 22 months, during which not a single employee had tested positive on either a random test or a test for reasonable cause.

[14] The absence of evidence of any real risk related to alcohol led a majority of the board to conclude that there was little benefit to the employer in maintaining the random testing policy. Weighing the employer's interest in random alcohol testing as a workplace safety measure against the harm to the privacy interests of employees, the board therefore allowed the

[11] Perley Day, un membre du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 a été parmi les employés choisis au hasard pour subir le test en vertu de ce volet de la politique. M. Day pratiquait l'abstinence et, partant, n'avait pas consommé une goutte d'alcool depuis 1979. L'éthylomètre a révélé dans son cas une alcoolémie nulle. Le syndicat a déposé un grief en son nom, pour contester uniquement le volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool.

[12] Les autres volets de la politique n'ont pas été contestés. Conformément aux autres dispositions en question, un test de dépistage obligatoire serait mené s'il y avait un motif raisonnable de soupçonner qu'un employé avait consommé de l'alcool ou d'autres drogues sur le lieu de travail, après un accident ou un incident de travail dans lequel il avait été directement impliqué ou dans le cadre d'un programme de suivi mis en place pour les employés qui reprenaient du service après un traitement volontaire pour l'alcoolisme ou la toxicomanie.

[13] Il n'est pas contesté que M. Day occupe un poste à risque, ni que le lieu de travail est dangereux. Cela étant dit, au cours de la période de 15 ans s'étendant d'avril 1991 à janvier 2006, seuls huit incidents découlant de la consommation d'alcool ou d'employés aux facultés affaiblies en milieu de travail ont été consignés. De plus, il n'y a eu aucun accident — réel ou évité de justesse — ni blessure causés par la consommation d'alcool. En décembre 2008, soit l'époque où s'est tenue l'audience d'arbitrage, la politique était en vigueur depuis 22 mois, et aucun employé n'avait obtenu de résultat positif, ni par suite d'un test aléatoire, ni par suite d'un test réalisé pour un motif raisonnable.

[14] L'absence de quelque élément de preuve que ce soit révélant un risque réel lié à la consommation d'alcool a mené les arbitres majoritaires à conclure qu'il n'était guère avantageux pour l'employeur de maintenir sa politique de tests de dépistage aléatoires. Après avoir mis en balance l'intérêt de ce dernier à mener de tels tests comme mesure de sécurité en milieu de travail et l'atteinte à l'intérêt

grievance and concluded that the random testing policy was unjustified:

The question is now one of proportionality. What needs to be measured are the benefits that will accrue to the employer through the application of the random alcohol testing policy against the harm that will be done to the employee's right to privacy. If the random alcohol testing policy is to be justified, these must be in proportion. Here the employer's scheme gets into heavier weather.

In a word, on the evidence I heard, I do not conclude that any significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use has been demonstrated to exist in this workplace. Taken with the low testing percentages, I believe it is likely that the employer's policy will seldom, if ever, identify any employee with a blood alcohol concentration over the 0.04% Policy cut-off limit. I therefore see little or no concrete advantage to the employer to be gained through the random alcohol testing policy.

On the other side of the balance scale, I have to consider the employee's right to privacy. Rights to privacy and to the related right of security of the person are important and prized incidents of Canadian citizenship. Reactions to invasions of them tend to be prompt, visceral, instinctive and uniformly negative. When the testing is random — that is, without articulable cause — as it is here, an already high bar is raised even higher. This considerably increases the burden of justification on the employer.

The invasion of that privacy by the random alcohol testing policy is not a trifle. It effects a significant inroad. Specifically, it involves a bodily intrusion and the surrender of bodily substances. It involves coercion and restriction on movement. Upon pain of significant punishment, the employee must go promptly to the breathalyzer station and must co-operate in the provision of breath samples. As we saw with Mr. Day, there can be an element of public embarrassment. Taking its results together, the scheme effects a loss of liberty and personal autonomy. These are at the heart of the right to privacy.

des employés à l'égard de leur vie privée, le conseil d'arbitrage a accueilli le grief et conclu que le volet relatif aux tests aléatoires n'était pas justifié :

[TRADUCTION] La question concerne maintenant la proportionnalité. Ce qu'il faut évaluer, ce sont les avantages que procure à l'employeur l'application de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool par rapport à l'atteinte au droit à la vie privée de l'employé visé. Pour que la politique se justifie, il faut que ces éléments soient proportionnés. C'est là où, pour le régime adopté par l'employeur, le bât blesse.

En un mot, au vu de la preuve qui m'a été présentée, je ne peux conclure que l'existence dans ce lieu de travail d'un degré significatif d'augmentation du risque pour la sécurité attribuable à la consommation d'alcool par les employés a été démontrée. Compte tenu du faible pourcentage d'employés testés, j'estime que l'application de la politique permettra probablement rarement, voire jamais, de signaler un employé dont l'alcoolémie serait supérieure au seuil de 0,04 % prévu dans la politique. Par conséquent, j'estime que la politique relative aux tests aléatoires de dépistage d'alcool présente peu d'avantage concret pour l'employeur, voire aucun.

Dans l'autre plateau de la balance se trouve le droit de l'employé au respect de la vie privée, que je dois également soupeser. Le droit à la vie privée et le droit à la sécurité de sa personne, qui y est connexe, constituent des attributs importants et prisés de la citoyenneté canadienne. Les réactions que provoque l'atteinte à ces droits ont tendance à être immédiates, viscérales, instinctives et uniformément négatives. Si le test est aléatoire — c'est-à-dire qu'il ne résulte pas d'un motif précis — comme en l'espèce, le critère, déjà exigeant, est alors davantage resserré. Le fardeau de justification qui incombe à l'employeur s'en trouve considérablement accru.

L'atteinte à la vie privée que cause la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool n'est pas bénigne. Il s'agit d'un empiètement considérable. Plus précisément, elle implique une atteinte à l'intégrité physique et la production de substances corporelles. Elle implique la contrainte ainsi que la restriction de mouvements. Sous peine de sanction grave, l'employé est tenu de se rendre sans délai au poste muni de l'éthylomètre et doit coopérer en fournissant un échantillon d'haleine. Comme dans le cas de M. Day, la procédure peut causer un certain embarras public. Si on considère l'ensemble des résultats, le régime emporte une perte de liberté et d'autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.

On the evidence, the gains likely to result to the employer from random alcohol testing rule[s] run from uncertain to exist at all to minimal at best. The inroads into employee privacy are significant and out of proportion to any benefit, actual or reasonably to be expected to be had by the employer and disclosed by the evidence. The employer has not been able to tilt the balance in its favour and therefore justify the imposition of random alcohol testing as a proportionate response to a demonstrated incremental risk caused by the attendance of employees at work with alcohol in their bodies. I therefore find that the random alcohol testing provisions of the *Policy* do not meet the *KVP* reasonableness test, and for that reason are unenforceable. That portion of the *Policy* therefore must be, and hereby is set aside. [Emphasis added; A.R., vol. IV, at pp. 71-73.]

[15] On judicial review, the board's award was set aside as unreasonable because of the dangerousness of the workplace. The New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal. The court applied a bifurcated standard of review. It applied a correctness standard to the board's analytical framework for determining the validity of the employer's random alcohol testing policy and a reasonableness standard to the board's factual findings. Using this segmented approach, the Court of Appeal substituted its own legal framework and concluded that no balancing of interests was required in a dangerous workplace, whether or not it was unionized. As a result, it held that employers can unilaterally impose random alcohol testing in any dangerous workplace, unionized or non-unionized, without having to show reasonable cause, such as evidence of an existing problem with alcohol use. It also found the board's findings regarding the degree of dangerousness at the workplace to be unreasonable.

[16] In my respectful view, the Court of Appeal erred in disregarding this Court's direction that decisions of labour arbitrators be reviewed for reasonableness and that deference be paid to their

Au vu de la preuve, les avantages susceptibles de découler, pour l'employeur, de la règle imposant des tests aléatoires de dépistage d'alcool se situent dans la fourchette entre incertains et minimes, au mieux. L'empiètement sur la vie privée de l'employé est considérable et disproportionné par rapport à l'avantage — véritable ou vraisemblable — qu'il procurera à l'employeur selon la preuve. L'employeur n'a pas réussi à faire pencher la balance en sa faveur et, de ce fait, à justifier une telle règle comme s'il s'agissait d'une réponse proportionnée à une augmentation démontrée du risque qu'entraînerait la présence sur le lieu de travail d'employés ayant consommé de l'alcool. Par conséquent, j'estime que les clauses relatives aux tests aléatoires de dépistage d'alcool prévues dans la *Politique* ne sont pas conformes au critère du caractère raisonnable énoncé dans *KVP* et qu'elles sont de ce fait inapplicables. Ainsi, cette partie de la *Politique* est écartée, comme il se doit. [Italiques ajoutés; d.a., vol. IV, p. 71-73.]

[15] À l'issue du contrôle judiciaire, la sentence arbitrale a été annulée après avoir été jugée déraisonnable vu la dangerosité du lieu de travail. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel. Elle a appliqué une norme de contrôle en deux volets. Elle a d'abord appliqué la norme de la décision correcte au cadre d'analyse utilisé par le conseil d'arbitrage pour évaluer la validité de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Puis, elle a appliqué la norme de la décision raisonnable aux conclusions de fait du conseil d'arbitrage. Suivant cette démarche segmentée, la Cour d'appel a substitué son propre cadre juridique à celui du conseil d'arbitrage et déterminé que la mise en balance des intérêts n'était pas nécessaire dans le cas d'un lieu de travail dangereux, que les employés y soient syndiqués ou pas. Par conséquent, elle a reconnu à l'employeur le droit d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool dans tout lieu de travail dangereux, que les employés y soient syndiqués ou non, sans qu'il ait à démontrer qu'un motif raisonnable, par exemple des indices d'un problème généralisé d'alcoolisme, le justifie. La Cour d'appel a également jugé déraisonnables les conclusions du conseil d'arbitrage sur la dangerosité du lieu de travail.

[16] À mon avis, la Cour d'appel a fait fi à tort de la directive donnée par la Cour selon laquelle c'est la norme de la décision raisonnable qu'il faut appliquer au contrôle judiciaire de la décision d'un

legal and factual findings when they are interpreting collective agreements. This misapplication of the standard of review led the Court of Appeal away from its required task of determining whether the board's decision fell within a range of reasonable outcomes, and towards a substitution of its own views as to the proper legal framework and factual findings. It also led the court essentially to disregard the remarkably consistent arbitral jurisprudence for balancing safety and privacy in a dangerous workplace, and to impose instead a novel, unfettered and automatic remedy outside the existing consensus and expectations in the labour relations community about how these issues are to be approached under a collective agreement.

Analysis

[17] At the outset, it is important to note that since we are dealing with a workplace governed by a collective agreement, that means that the analytical framework for determining whether an employer can unilaterally impose random testing is determined by the arbitral jurisprudence. Cases dealing with random alcohol or drug testing in *non-unionized* workplaces under human rights statutes are, as a result, of little conceptual assistance (*Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.)).

[18] It may be tempting to suggest that dangerous unionized workplaces should be beyond the reach of the collective bargaining regime, freeing an employer both from the duty to negotiate with the union and from the terms of the collective agreement. This suggests, Cassandra-like and evidence-free, that collective bargaining is the altar on which public and workplace safety is sacrificed and that only employers have the capacity to address these concerns.

arbitre en droit du travail et selon laquelle les conclusions de droit et de fait tirées par ce dernier dans l'interprétation d'une convention collective appellent la déférence. En se trompant dans l'application de la norme de contrôle, la Cour d'appel a omis de déterminer, comme elle le devait, si la décision du conseil d'arbitrage faisait partie des issues raisonnables et elle a plutôt substitué à la sentence son propre avis sur le bon cadre juridique ainsi que ses conclusions de fait. En outre, cette erreur a essentiellement mené la Cour d'appel à faire fi de la jurisprudence arbitrale remarquablement constante sur la mise en balance de la sécurité d'une part et de la vie privée d'autre part dans un lieu de travail dangereux et à imposer une solution de droit nouvelle et d'application illimitée et automatique qui ne tient pas compte du consensus et des attentes du secteur des relations du travail sur la façon d'aborder ces questions sous le régime d'une convention collective.

Analyse

[17] D'entrée de jeu, il importe de signaler que puisqu'il est question ici d'un milieu de travail régi par une convention collective, le cadre d'analyse permettant de déterminer si l'employeur peut imposer unilatéralement des tests aléatoires est issu de la jurisprudence arbitrale. Partant, les affaires portant sur le droit de procéder à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue en milieu de travail *non syndiqué* tranchées sur le fondement de lois sur les droits de la personne ne sont guère utiles sur le plan conceptuel (*Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.)).

[18] D'aucuns pourraient être tentés de suggérer que le milieu de travail syndiqué soit soustrait au régime de négociation collective s'il est dangereux, ce qui libérerait l'employeur de l'obligation de négocier avec le syndicat ainsi que des dispositions de la convention collective. Cela laisse sous-entendre que, comme Cassandra et sans preuve, la négociation collective est l'autel sur lequel sont sacrifiées la sécurité du public et celle du milieu de travail et que seuls les employeurs ont la capacité de répondre à ces préoccupations.

[19] But the reality is that the task of negotiating workplace conditions, both on the part of unions and management, as well as the arbitrators who interpret the resulting collective agreement, has historically — and successfully — included the delicate, case-by-case balancing required to preserve public safety concerns while protecting privacy. Far from leaving the public at risk, protecting employees — who are on the front line of any danger — necessarily also protects the surrounding public. To suggest otherwise is a counter-intuitive dichotomy.

[20] And this without any evidence that dangerous workplaces that are unionized have experienced *any*, let alone a disproportionate number of, accidents resulting from collectively bargaining safety measures. It also assumes that no balancing is required at all once a finding is made that a workplace is dangerous. This not only negates any recognition of the significant privacy interests at play, it wrongly assumes that when there is no collective agreement, an employer is free to exercise its own discretion about worker safety. All provinces have legislation protecting worker safety, thereby restricting an employer's wishes. And, as we saw in *Entrop*, even in a non-unionized workplace, an employer must justify the intrusion on privacy resulting from random testing by reference to the particular risks in a particular workplace. There are different analytic steps involved, but both essentially require attentive consideration and balancing of the safety and privacy interests.

[21] As the board recognized, the only possible source of the employer's asserted right to impose random alcohol testing unilaterally was the management rights clause in the collective agreement:

[19] Or, en réalité, la tâche de négocier les conditions de travail, tant pour les syndicats que pour les dirigeants, de même que pour les arbitres chargés d'interpréter les conventions collectives qui en découlent, a historiquement — et avec succès — compris l'exercice délicat de mise en balance, au cas par cas, que requiert la sauvegarde de la sécurité publique et la protection de la vie privée. Loin de mettre le public en danger, la protection des employés — qui sont aux premières loges devant le danger — prémunit aussi nécessairement le public environnant. Suggérer qu'il en est autrement ne revient qu'à exprimer une dichotomie contre-intuitive.

[20] Cette suggestion a par ailleurs été formulée sans aucune preuve que la négociation collective des mesures de sécurité s'est traduite, dans les lieux de travail dangereux où les employés sont syndiqués, par *un seul* accident — encore moins par un nombre disproportionné d'accidents. En outre, suivant cette thèse, aucune mise en balance ne serait nécessaire dès lors qu'il a été conclu que le lieu de travail est dangereux. Non seulement ce serait faire fi des intérêts importants en jeu liés à la vie privée, mais ce serait aussi présumer, à tort, qu'en l'absence de convention collective, l'employeur peut faire à sa guise en matière de sécurité du personnel. Or, toutes les provinces ont adopté des lois pour assurer la protection des employés, limitant de ce fait la volonté de l'employeur. Et, comme le dit *Entrop*, même dans un milieu non syndiqué, l'employeur est tenu de justifier l'atteinte à la vie privée qui découle de l'imposition de tests aléatoires en précisant les risques qui surviennent dans le lieu de travail donné. L'analyse comporte différentes étapes, mais toutes deux exigent essentiellement un examen attentif et la mise en balance des intérêts liés à la sécurité d'une part et à la vie privée d'autre part.

[21] Comme l'a reconnu le conseil d'arbitrage, la seule source possible dont peut émaner le droit revendiqué par l'employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool est la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction.

4.01. The Union recognizes and acknowledges that it is the right of the Company to operate and manage its business subject to the terms and provisions of this agreement.

The legal issue, as a result, is whether implementing a random alcohol testing policy was a valid exercise of the employer's management rights under the collective agreement.

[22] When employers in a unionized workplace unilaterally enact workplace rules and policies, they are not permitted to “promulgate unreasonable rules and then punish employees who infringe them” (*Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240 (Laskin), at p. 247; see also *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25 (Cross)).

[23] This constraint arises because an employer may only discharge or discipline an employee for “just cause” or “reasonable cause” — a central protection for employees. As a result, rules enacted by an employer as a vehicle for discipline must meet the requirement of reasonable cause (*Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636* (1974), 5 L.A.C. (2d) 285 (Rayner), at pp. 288-89; see also *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688 (Laskin), at p. 690; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402 (Burkett), at paras. 9-10; Ronald M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4th ed. 2009), at paras. 10.1 and 10.96).

[24] The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is persuasively set out in *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The heart of the “KVP test”, which

[TRANSDUCTION]

4.01. Le syndicat reconnaît que la société a le droit d'exploiter et de diriger ses affaires, sous réserve des modalités de la présente entente.

Ainsi, la question juridique est celle de savoir si l'adoption d'une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool constituait un exercice valide des droits de la direction que la convention collective confère à l'employeur.

[22] En milieu de travail syndiqué, l'employeur qui impose unilatéralement des règles et des politiques ne peut pas [TRANSDUCTION] « adopter des règles déraisonnables pour ensuite punir les employés qui les violent » (*Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240 (Laskin), p. 247; voir également *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25 (Cross)).

[23] Cette contrainte découle du fait qu'un employeur ne peut congédier un employé ni lui imposer de sanctions disciplinaires que pour un « motif valable » ou un « motif raisonnable » — une protection essentielle pour les employés. Partant, les règles adoptées par l'employeur en matière disciplinaire sont assujetties à l'exigence du motif raisonnable (*Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636* (1974), 5 L.A.C. (2d) 285 (Rayner), p. 288-289; voir également *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688 (Laskin), p. 690; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402 (Burkett), par. 9-10; Ronald M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4^e éd. 2009), par. 10.1 et 10.96).

[24] L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective est expliquée de manière convaincante dans l'affaire *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965),

is generally applied by arbitrators, is that any rule or policy unilaterally imposed by an employer and not subsequently agreed to by the union, must be consistent with the collective agreement and be reasonable (Donald J. M. Brown and David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at topic 4:1520).

[25] The *KVP* test has also been applied by the courts. Tarnopolsky J.A. launched the judicial endorsement of *KVP* in *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239 (C.A.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix, concluding that the “weight of authority and common sense” supported the principle that “all company rules with disciplinary consequences must be reasonable” (pp. 257-58 (emphasis in original)). In other words:

The Employer cannot, by exercising its management functions, issue unreasonable rules and then discipline employees for failure to follow them. Such discipline would simply be without reasonable cause. To permit such action would be to invite subversion of the reasonable cause clause. [p. 257]

[26] Subsequent appellate decisions have accepted that rules unilaterally made in the exercise of management discretion under a collective agreement must not only be consistent with the agreement, but must also be reasonable if the breach of the rule results in disciplinary action (*Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69 (P.E.I.S.C. (App. Div.)), at para. 17; see also *N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146, at para. 34; *St. James-Assiniboia Teachers’ Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636, at paras. 19-28).

16 L.A.C. 73 (Robinson). L’élément central du « critère énoncé dans *KVP* », que les arbitres appliquent traditionnellement, veut que la règle ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable (Donald J. M. Brown et David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520).

[25] Le critère énoncé dans *KVP* a également été appliqué par les tribunaux judiciaires. En appel, le juge Tarnopolsky a été le premier à l’adopter, *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix. Dans cette affaire, il a conclu que [TRADUCTION] « le poids de cette jurisprudence arbitrale et du bon sens » étayait le principe selon lequel « toutes les règles d’une société emportant des sanctions disciplinaires doivent être raisonnables » (p. 257-258 (en italique dans l’original)). Autrement dit :

[TRADUCTION] L’employeur ne peut, dans l’exercice de ses fonctions de direction, adopter des règles déraisonnables et imposer ensuite des sanctions disciplinaires aux employés qui ne les respectent pas. De telles mesures disciplinaires ne découleraient tout simplement pas d’un motif raisonnable. Permettre pareil procédé équivaudrait à pervertir la clause du motif raisonnable. [p. 257]

[26] Par la suite, d’autres cours d’appel ont souscrit à la notion que les règles adoptées unilatéralement par la direction dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle jouit au titre de la convention collective doivent être non seulement conformes à cette dernière, mais également raisonnables dès lors que le manquement emporte une sanction disciplinaire (*Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.S.Î.-P.-É. (Div. app.)), par. 17; voir également *N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146, par. 34; *St. James-Assiniboia Teachers’ Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636, par. 19-28).

[27] In assessing *KVP* reasonableness in the case of unilaterally imposed employer rules or policies affecting employee privacy, arbitrators have used a “balancing of interests” approach. As the intervener the Alberta Federation of Labour noted:

Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer’s policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer’s policy can include assessing such things as the nature of the employer’s interests, any less intrusive means available to address the employer’s concerns, and the policy’s impact on employees. [I.F., at para. 4]

[28] In the earliest privacy cases using a balancing of interests approach, arbitrators generally found that employers could only exercise a unilateral management right to search an individual employee’s personal effects if there was a reasonable suspicion that the employee had committed theft. Universal random searches — that is, random searches of the entire workforce — were rejected as unreasonable unless there was a workplace problem with theft and the employer had exhausted less intrusive alternative measures for addressing the problem (Morton Mitchnick and Brian Etherington, *Labour Arbitration in Canada* (2nd ed. 2012), at pp. 308-9; Brown and Beatty, at topic 7:3625).

[29] The balancing of interests approach was subsequently applied in assessing the reasonableness of unilaterally imposed employer policies calling for universal random drug or alcohol testing of all employees performing safety sensitive work. Universal random testing refers to the testing of individual employees randomly selected from all or some portion of the workforce. As in the search cases, arbitrators rejected unilaterally imposed universal random testing policies as unreasonable unless there had been a workplace problem with

[27] Pour évaluer le caractère raisonnable — au sens où ce terme était entendu dans la sentence arbitrale *KVP* — d’une règle ou d’une politique imposée unilatéralement par l’employeur et ayant une incidence sur la vie privée de l’employé, les arbitres ont adopté une démarche axée sur la « mise en balance des intérêts ». Comme le fait remarquer l’Alberta Federation of Labour, intervenante en l’espèce :

[TRADUCTION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l’employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l’employeur, de l’existence de tout autre moyen moins attentatoire de répondre aux préoccupations de l’employeur ainsi que de l’incidence de la politique sur les employés. [m.i., par. 4]

[28] Dans les premières affaires mettant en cause le droit à la vie privée et auxquelles on a appliqué la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, les arbitres ont en général conclu que l’employeur n’était autorisé à exercer unilatéralement son droit de fouiller les effets personnels d’un employé que s’il avait un motif raisonnable de soupçonner ce dernier de vol. Les fouilles aléatoires universelles — c’est-à-dire les fouilles pratiquées au hasard sur l’ensemble du personnel — ont été jugées déraisonnables et rejetées, à moins qu’un problème de vol en milieu de travail ne sévisse et que l’employeur n’ait épuisé les autres moyens moins attentatoires de régler le problème (Morton Mitchnick et Brian Etherington, *Labour Arbitration in Canada* (2^e éd. 2012), p. 308-309; Brown et Beatty, sujet 7:3625).

[29] Par la suite, la démarche axée sur la mise en balance des intérêts a servi à évaluer le caractère raisonnable de politiques imposées unilatéralement par l’employeur et prévoyant l’imposition universelle de tests aléatoires de dépistage de drogue ou d’alcool aux employés occupant un poste à risque. On entend par imposition universelle de tests aléatoires le fait de faire subir des tests de dépistage à des employés choisis au hasard parmi la totalité ou une partie de la main-d’œuvre. Comme dans le cas des fouilles, les arbitres ont tenu pour déraisonnables les politiques imposées

substance abuse and the employer had exhausted alternative means for dealing with the abuse.

[30] In a workplace that is dangerous, employers are generally entitled to test individual employees who occupy safety sensitive positions without having to show that alternative measures have been exhausted if there is “reasonable cause” to believe that the employee is impaired while on duty, where the employee has been directly involved in a workplace accident or significant incident, or where the employee is returning to work after treatment for substance abuse. (See *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440 (McAlpine); *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher), at pp. 377-78; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor), at p. 109; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144 (Newman), at pp. 170 and 177; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves), at para. 37(b)-(d).)

[31] But the dangerousness of a workplace — whether described as dangerous, inherently dangerous, or highly safety sensitive — is, while clearly and highly relevant, only the beginning of the inquiry. It has never been found to be an automatic justification for the unilateral imposition of unfettered random testing with disciplinary consequences. What has been additionally required is evidence of enhanced safety risks, such as evidence of a general problem with substance abuse in the workplace.

[32] The blueprint for dealing with dangerous workplaces is found in *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (“*Nanticoke*”), a case involving a grievance of the employer’s random drug testing policy at an oil refinery, which the parties acknowledged was

unilatéralement et prévoyant l’imposition universelle de tests aléatoires et les ont rejetées, à moins qu’un problème d’alcoolisme ou de toxicomanie n’ait sévi le milieu de travail et que l’employeur n’ait épuisé les autres moyens de le régler.

[30] Dans un lieu de travail dangereux, l’employeur est généralement autorisé à faire subir un test de dépistage à un employé occupant un poste à risque sans qu’il soit nécessaire de démontrer qu’il a épuisé les autres moyens s’il a un « motif raisonnable » de croire que l’employé a les facultés affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, a été impliqué directement dans un accident de travail ou un incident grave ou s’il reprend du service après avoir suivi un traitement pour l’alcoolisme ou la toxicomanie. (Voir *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440 (McAlpine); *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher), p. 377-378; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor), p. 109; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144 (Newman), p. 170 et 177; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves), par. 37(b)-(d).)

[31] Cela étant dit, la dangerosité d’un lieu de travail — que ce dernier soit décrit comme dangereux, intrinsèquement dangereux ou à grand risque —, bien que manifestement fort pertinente, ne constitue que la première étape de l’examen. Les tribunaux n’ont jamais jugé qu’elle justifie automatiquement l’imposition unilatérale d’un régime illimité de tests aléatoires susceptibles d’emporter des sanctions disciplinaires. Ils ont plutôt requis que l’employeur prouve l’existence de risques accrus pour la sécurité, comme des indices d’un problème généralisé d’alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail.

[32] Le modèle applicable aux lieux de travail dangereux a été établi dans *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (« *Nanticoke* »), une affaire découlant d’un grief à l’encontre de la politique adoptée par l’employeur et prévoyant l’imposition de tests aléatoires de

highly safety sensitive. Arbitrator Michel Picher summarized the principles emerging from 20 years of arbitral jurisprudence under the *KVP* test for both drug *and* alcohol testing:

- *No employee can be subjected to random, unannounced alcohol or drug testing, save as part of an agreed rehabilitative program.*
- *An employer may require alcohol or drug testing of an individual where the facts give the employer reasonable cause to do so.*
- *It is within the prerogatives of management's rights under a collective agreement to also require alcohol or drug testing following a significant incident, accident or near miss, where it may be important to identify the root cause of what occurred.*
- *Drug and alcohol testing is a legitimate part of continuing contracts of employment for individuals found to have a problem of alcohol or drug use. As part of an employee's program of rehabilitation, such agreements or policies requiring such agreements may properly involve random, unannounced alcohol or drug testing generally for a limited period of time, most commonly two years. In a unionized workplace the Union must be involved in the agreement which establishes the terms of a recovering employee's ongoing employment, including random, unannounced testing. This is the only exceptional circumstance in which the otherwise protected employee interest in privacy and dignity of the person must yield to the interests of safety and rehabilitation, to allow for random and unannounced alcohol or drug testing. [Emphasis added; para. 100.]*

[33] There can, in other words, be testing of an individual employee who has an alcohol or drug problem. *Universal*, random testing, however, is far from automatic. The reason is explained by Arbitrator Picher in *Nanticoke* as follows:

dépistage de drogue au sein d'une raffinerie de pétrole, un lieu de travail à grand risque comme le reconnaissaient les parties. L'arbitre, Michel Picher, a résumé en ces termes les principes issus de 20 ans de jurisprudence arbitrale ayant appliqué le critère énoncé dans *KVP* pour les tests de dépistage de drogues *et* d'alcool :

[TRADUCTION]

- *Aucun employé ne peut être assujéti sans préavis à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue sauf dans le cadre d'un programme de réadaptation concerté.*
- *L'employeur peut exiger qu'une personne subisse un test de dépistage d'alcool ou de drogue si les faits révèlent l'existence d'un motif raisonnable le justifiant.*
- *Le pouvoir d'imposer également des tests de dépistage d'alcool ou de drogue à la suite d'un incident grave ou d'un accident, réel ou évité de justesse, dont il pourrait importer de connaître la cause, relève également des droits de la direction prévus par la convention collective.*
- *Le contrat d'emploi continu d'une personne alcoolique ou toxicomane peut légitimement prévoir une clause portant sur le dépistage de drogue et d'alcool. Dans le cadre du programme de réadaptation de l'employé, l'entente ou la politique exigeant la conclusion d'une telle entente peut à juste titre prévoir l'application sans préavis de tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, en général pendant une période limitée, soit deux ans dans la plupart des cas. En milieu de travail syndiqué, le syndicat doit participer à la conclusion de l'entente qui régit l'emploi continu de l'employé qui se rétablit après un traitement, et qui prévoit notamment l'imposition sans préavis de tests aléatoires. Il s'agit là des seules circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'intérêt de l'employé à l'égard de sa vie privée et de la dignité de sa personne, par ailleurs protégé, doit céder le pas à la sécurité et à la réadaptation de manière à permettre l'imposition sans préavis de tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue. [Italiques ajoutés; par. 100.]*

[33] Autrement dit, il est possible de faire subir un test à un employé alcoolique ou toxicomane. Par contre, l'application *universelle* de tests aléatoires est loin d'aller de soi. Dans la sentence arbitrale *Nanticoke*, l'arbitre Picher explique pourquoi en ces termes :

... a key feature of the jurisprudence in the area of alcohol or drug testing in Canada is that arbitrators have overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug testing for all employees in a safety sensitive workplace as being an implied right of management under the terms of a collective agreement. *Arbitrators have concluded that to subject employees to an alcohol or drug test when there is no reasonable cause to do so, or in the absence of an accident or near miss and outside the context of a rehabilitation plan for an employee with an acknowledged problem is an unjustified affront to the dignity and privacy of employees which falls beyond the balancing of any legitimate employer interest, including deterrence and the enforcement of safe practices. In a unionized workplace, such an extraordinary incursion into the rights of employees must be expressly and clearly negotiated.* It is not to be inferred solely from general language describing management rights or from language in a collective agreement which enshrines safety and safe practices. [Emphasis added; para. 101.]

[34] Significantly, Arbitrator Picher acknowledged that the application of the balancing of interests approach could permit general random testing “in some extreme circumstances”:

It may well be that the balancing of interests approach ... would allow for general random, unannounced drug testing in some extreme circumstances. If, for example, an employer could marshal evidence which compellingly demonstrates an out-of-control drug culture taking hold in a safety sensitive workplace, such a measure might well be shown to be necessary for a time to ensure workplace safety. That might well constitute a form of “for cause” justification.

(*Nanticoke*, at para. 127)

[35] In the case before him, however, since there was no evidence of a substance abuse problem at the oil refinery, the random drug testing component of the policy was found to be unjustified (*Nanticoke*, at para. 127). His decision was upheld as reasonable by the Ontario Court of Appeal (*Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union*

[TRADUCTION] ... selon une des principales caractéristiques de la jurisprudence en matière de dépistage d’alcool et de drogue au Canada, les arbitres rejettent massivement la thèse selon laquelle l’application obligatoire et sans préavis de tests aléatoires à l’ensemble des employés d’un lieu de travail à risque relève d’un droit de la direction prévu implicitement par une convention collective. *Les arbitres ont conclu que l’imposition de tests de dépistage d’alcool ou de drogue sans motif raisonnable le justifiant ou sans que soit survenu un accident — réel ou évité de justesse — et en dehors d’un programme de réadaptation adopté à l’égard d’un employé souffrant d’un problème reconnu de dépendance constitue une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés qui va au-delà de la mise en balance de l’intérêt légitime de l’employeur, notamment en ce qui concerne la dissuasion et l’application de pratiques sécuritaires. En milieu de travail syndiqué, tel empiétement extraordinaire sur les droits des employés doit clairement et expressément faire l’objet de négociations.* Il ne saurait s’inferer uniquement des termes généraux décrivant les droits de la direction ou du libellé des dispositions de la convention collective relatives à la sécurité et aux pratiques sécuritaires. [Italiques ajoutés; par. 101.]

[34] Fait notable, l’arbitre Picher a reconnu que, suivant la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, l’application généralisée de tests aléatoires pourrait être permise [TRADUCTION] « dans certaines circonstances extrêmes » :

Il se peut très bien que la démarche axée sur la mise en balance des intérêts [...] permettrait l’application généralisée et sans préavis de tests aléatoires de dépistage de drogue dans certaines circonstances extrêmes. Par exemple, si l’employeur peut démontrer de manière convaincante qu’une culture de toxicomanie débridée est en train d’envahir un lieu de travail à risque, pareille mesure pourrait bien se révéler nécessaire pour un certain temps afin d’assurer la sécurité en milieu de travail. Cette situation est susceptible de compter parmi les « causes raisonnables ».

(*Nanticoke*, par. 127)

[35] Toutefois, dans le cas dont il était saisi, comme rien ne démontrait l’existence d’un problème de toxicomanie au sein du personnel de la raffinerie de pétrole, il a conclu que le volet de la politique prévoyant l’application de tests aléatoires de dépistage de drogue n’était pas justifié (*Nanticoke*, par. 127). Sa décision a été jugée raisonnable

of Canada, Local 900, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668).

[36] The balancing of interests approach has not kept employers from enacting comprehensive drug and alcohol policies, which can include rules about drugs and alcohol in the workplace, discipline for employees who break those rules, education and awareness training for employees and supervisors, access to treatment for substance dependence, and after-care programs for employees returning to work following treatment.

[37] But I have been unable to find any cases, either before or since *Nanticoke*, in which an arbitrator has concluded that an employer could unilaterally implement random alcohol or drug testing, even in a highly dangerous workplace, absent a demonstrated workplace problem (*Esso Petroleum*, at pp. 447-48; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Canadian National*, at pp. 385 and 394; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL), at para. 30; *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL), at para. 77; *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424 (Kaplan), at pp. 434-37; *Rio Tinto*, at para. 37(a) and (d)).

[38] In the only two arbitration decisions that have upheld random alcohol testing, the employers were

et confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (*Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668).

[36] La démarche axée sur la mise en balance des intérêts n'a pas empêché certains employeurs d'adopter des politiques détaillées relatives aux drogues et à l'alcool dont certaines dispositions peuvent notamment régir la consommation ou la possession de drogue et d'alcool dans le lieu de travail, prévoir des sanctions disciplinaires applicables aux employés qui contreviennent aux règles ainsi que des programmes de formation et de sensibilisation à l'intention des employés et des superviseurs, tout comme le renvoi à des traitements pour l'alcoolisme ou la toxicomanie et à des programmes de suivi pour les employés qui reprennent du service après un traitement.

[37] Pourtant, je n'ai trouvé aucune affaire, ni avant *Nanticoke*, ni depuis, dans laquelle un arbitre aurait conclu au droit d'un employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, même dans un lieu de travail très dangereux, sans indices démontrant un problème à cet égard (*Esso Petroleum*, p. 447-448; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Canadian National*, p. 385 et 394; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL), par. 30; *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL), par. 77; *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424 (Kaplan), p. 434-437; *Rio Tinto*, par. 37(a) et (d)).

[38] Suivant les deux seules sentences arbitrales ayant confirmé l'application de tests aléatoires de

found to be justified in implementing random alcohol testing for employees in safety sensitive positions because there was a demonstrated general problem with alcohol use in a dangerous workplace (*Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, T. J. Christian, Chair, May 27, 2000, unreported (“*Strathcona*”); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (“*GTAA*”)).

[39] In *Strathcona*, the arbitrator upheld the termination of an employee in a safety sensitive position at an oil refinery who tested positive on a random alcohol test. Imperial Oil Limited had implemented the random testing policy after surveying employees across all its facilities about alcohol-related incidents and near misses. According to the survey, the plant operations group that included the grievor’s position had a disproportionately high rate of accidents due to substance abuse, with 2.7% of employees reporting that they had personally had near misses due to substance use in the previous 12 months. The arbitrator accepted the survey results as a “rational and sufficient foundation for the random testing Policy” (p. 73). He concluded that “there is evidence of a problem with alcohol use by employees at the Strathcona Refinery” (p. 60). On that basis, he upheld the reasonableness of the random testing policy and the consequential discipline.

[40] In *GTAA*, the employer had a random alcohol and drug testing policy for individuals occupying safety sensitive positions at Pearson International Airport in Toronto. The arbitrator acknowledged that “the safety-sensitive nature of a particular industry [is] not, in itself, sufficient to outweigh the privacy interests of individual employees and to support a regime of random testing” (para. 251) and that

dépistage d’alcool, l’employeur pouvait à bon droit, de l’avis des arbitres, faire subir de tels tests aux employés occupant des postes à risque, en raison d’indices révélant un problème généralisé de consommation d’alcool dans un lieu de travail dangereux (*Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, T. J. Christian, président, 27 mai 2000, décision non publiée (« *Strathcona* »); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (« *GTAA* »)).

[39] Dans l’affaire *Strathcona*, l’arbitre a confirmé le congédiement d’un employé qui occupait un poste à risque au sein d’une raffinerie de pétrole parce qu’il avait obtenu un résultat positif à un test aléatoire de dépistage d’alcool. Imperial Oil Limited avait adopté la politique de tests aléatoires après avoir effectué un sondage auprès de ses employés, tous lieux de travail confondus, à propos d’incidents — réels ou évités de justesse — attribuables à la consommation d’alcool. Le sondage avait révélé un taux disproportionnellement élevé d’accidents causés par l’alcoolisme ou la toxicomanie au sein du groupe chargé de l’exploitation des usines dont l’auteur du grief faisait partie. En effet, 2,7 % des employés avaient dit avoir eux-mêmes frôlé l’accident au cours des 12 mois précédant le sondage, en raison de la consommation de drogue ou d’alcool. Selon l’arbitre, les résultats du sondage constituaient un [TRADUCTION] « fondement rationnel suffisant pour justifier la politique de tests aléatoires » (p. 73). Il a conclu que « des indices démontrent l’existence d’un problème de consommation d’alcool par les employés à la raffinerie Strathcona » (p. 60). Par conséquent, il a déclaré la politique et les sanctions disciplinaires infligées raisonnables et les a confirmées.

[40] Dans l’affaire *GTAA*, l’employeur avait adopté une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool et de drogue applicable aux employés occupant des postes à risque à l’aéroport international Pearson, à Toronto. L’arbitre a reconnu que [TRADUCTION] « le risque inhérent à un certain secteur ne l’emporte pas, à lui seul, sur l’intérêt qu’a l’employé à la protection de sa vie privée et ne suffit

“[a]rbitrators have required evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace which cannot be addressed by less invasive means” (para. 254).

[41] The evidence showed a “pervasive problem” with alcohol (*GTAA*, at para. 262). Both employer and union witnesses testified about numerous occasions when they had seen employees drinking on the job or storing alcohol at work, smelled alcohol on other employees’ breath, or found empty liquor containers on site. There were also concerns that alcohol abuse at work often went unreported. Based on this evidence, the arbitrator concluded that random alcohol testing was a reasonable employer policy. Because there was little evidence of on-the-job *drug* use, however, the random drug testing aspect of the policy was found not to be justified.

[42] This arbitral consensus, which was carefully applied by the board, helps inform why its decision was reasonable on the facts of this case.

[43] The board framed the question using the accepted *KVP* balancing of interests approach: Was the benefit to the employer from the random alcohol testing policy in this dangerous workplace proportional to the harm to employee privacy?

[44] To assess the employer’s side of the balance, the board canvassed the risks that the employer intended to address by random alcohol testing. It examined both the risk associated with the particular grievor’s position as a millwright and the risk associated with the particular workplace. After reviewing the employer’s risk assessments of

pas pour justifier un régime de tests aléatoires » (par. 251). Il a aussi reconnu que les « arbitres exigent des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail qui ne peut être réglé de manière moins attentatoire » (par. 254).

[41] Or, selon la preuve, il existait un [TRADUCTION] « problème répandu » d’alcoolisme (*GTAA*, par. 262). Des témoins de l’employeur ainsi que du syndicat ont affirmé avoir vu à plusieurs reprises des employés qui consommaient de l’alcool pendant leurs heures de travail ou en conservaient sur les lieux, avoir senti une haleine d’alcool chez d’autres employés ou avoir trouvé des bouteilles d’alcool vides dans les locaux. En outre, il y avait aussi des soupçons que la consommation d’alcool n’était que rarement signalée. L’arbitre en a conclu au caractère raisonnable de la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool adoptée par l’employeur. Cependant, comme la preuve n’a pas établi l’existence d’un problème de consommation de *drogue* en milieu de travail, le volet portant sur le dépistage de cette substance a été déclaré injustifié.

[42] Ce consensus arbitral, soigneusement appliqué par le conseil, aide à comprendre pourquoi sa décision était raisonnable compte tenu des faits de l’espèce.

[43] Le conseil a formulé la question à trancher suivant la démarche reconnue axée sur la mise en balance des intérêts établie dans la sentence arbitrale *KVP* : l’avantage que procure à l’employeur la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool dans ce lieu de travail dangereux est-il proportionnel à l’atteinte à la vie privée des employés qui découle de son application?

[44] Dans l’analyse des éléments qui étayaient la thèse de l’employeur, le conseil a évalué les risques que ce dernier cherchait à atténuer par les tests aléatoires de dépistage d’alcool. Le conseil s’est penché à la fois sur le risque découlant des fonctions de l’auteur du grief, un mécanicien-monteur, et les risques inhérents au lieu de travail en question.

different safety sensitive positions, the board found that the workplace was “one in which great care must be taken with safe work practices”. There were “risks and dangers in the operations performed both to the incumbent, and to others, as well as to the environment and to property”. The board therefore concluded that “the mill in normal operation is a dangerous work environment”. These conclusions have not been challenged.

[45] But, as previously noted, the fact that a workplace is found to be dangerous does not automatically give the employer the right to impose random testing unilaterally. The dangerousness of the workplace has only justified the testing of particular employees in certain circumstances: where there are reasonable grounds to believe that the employee was impaired while on duty, where the employee was directly involved in a workplace accident or significant incident, or where the employee returns to work after treatment for substance abuse. It has never, to my knowledge, been held to justify random testing, even in the case of “highly safety sensitive” or “inherently dangerous” workplaces like railways (*Canadian National*) and chemical plants (*DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399), or even in workplaces that pose a risk of explosion (*ADM Agri-Industries*), in the absence of a demonstrated problem with alcohol use in that workplace. That is not to say that it is beyond the realm of possibility in extreme circumstances, but we need not decide that in this case.

[46] This obliged the board to consider whether there was evidence of an alcohol-related problem in the workplace. There were eight documented alcohol-related incidents at the mill from April 29, 1991, to January 11, 2006. Only one witness, a former employee, gave any evidence about alcohol use in

Après avoir pris connaissance de l'évaluation des risques effectuée par l'employeur à l'égard de divers postes à risque, le conseil d'arbitrage a conclu que ce lieu de travail [TRADUCTION] « exigeait des pratiques de travail sécuritaires ». Les fonctions accomplies présentaient des « risques et des dangers pour le titulaire du poste, autrui, l'environnement et les biens ». Le conseil d'arbitrage a donc conclu que « l'usine constitue en temps normal un environnement de travail dangereux ». Ces conclusions n'ont pas été contestées.

[45] Or, comme je l'ai signalé précédemment, la conclusion selon laquelle le lieu de travail est dangereux ne se traduit pas automatiquement par le droit, pour l'employeur, d'imposer unilatéralement des tests aléatoires. La dangerosité d'un lieu de travail ne justifie de faire subir des tests qu'à certains employés, dans certaines circonstances, à savoir lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un employé a eu les capacités affaiblies dans l'exercice de ses fonctions, lorsque ce dernier a été impliqué directement dans un accident de travail ou un incident grave ou lorsqu'il reprend du service après avoir subi un traitement pour l'alcoolisme ou la toxicomanie. À ma connaissance, jamais n'a-t-il été conclu que la dangerosité du lieu de travail justifiait l'application de tests aléatoires, même dans le cas d'un emplacement « à grand risque » ou « intrinsèquement dangereux » comme une société de chemins de fer (*Canadian National*) ou une usine de produits chimiques (*DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399), voire un emplacement qui présente un risque d'explosion (*ADM Agri-Industries*), en l'absence d'un problème démontré de consommation d'alcool en milieu de travail. Je n'entends pas par là que ce soit inconcevable dans des circonstances extrêmes, mais nous n'avons pas à trancher cette question en l'espèce.

[46] Par conséquent, le conseil d'arbitrage devait déterminer si des indices révélaient un problème de consommation d'alcool sévissant en milieu de travail. Selon la preuve, entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006, huit incidents attribuables à cette substance sont survenus à l'usine. Seul un témoin,

the workplace, but the board found his evidence to be “dated” and “not persuasive”.

[47] The board concluded that these eight incidents over a 15-year period did not reflect a significant problem with workplace alcohol use. As a result, the board concluded that there was a “very low incremental risk of safety concerns based on alcohol-related impaired performance of job tasks at the site”.

[48] While the employer had argued that deterrence was a major benefit of random alcohol testing, the board was not satisfied that there was any evidence of a deterrent effect at the mill. The only evidence supporting the employer’s view was that of its expert witness, who described deterrence as the main theoretical goal of random alcohol testing policies, but had no information about this particular workplace. In the board’s view, the lack of any positive test results in almost two years of random alcohol testing was equally consistent with the opposite conclusion: that there was no workplace alcohol abuse to deter.

[49] On the other side of the balance was the employee right to privacy. The board accepted that breathalyzer testing “effects a significant inroad” on privacy, involving

coercion and restriction on movement. Upon pain of significant punishment, the employee must go promptly to the breathalyzer station and must co-operate in the provision of breath samples. . . . Taking its results together, the scheme effects a loss of liberty and personal autonomy. These are at the heart of the right to privacy.

un ancien employé, a parlé de consommation de boissons alcoolisées en milieu de travail, mais le conseil d’arbitrage a jugé que ses déclarations étaient [TRADUCTION] « dépassées » et « non convaincantes ».

[47] Selon le conseil d’arbitrage, ces huit incidents sur une période de 15 ans ne révélaient pas un problème grave de consommation d’alcool en milieu de travail. Il a donc conclu à une [TRADUCTION] « très faible augmentation du risque pour la sécurité découlant de la possibilité qu’un employé ait les capacités affaiblies par l’alcool dans l’exercice de ses fonctions à ce lieu de travail ».

[48] Si l’employeur a fait valoir que la dissuasion constituait un des principaux avantages des tests aléatoires de dépistage d’alcool, le conseil d’arbitrage n’a pas été convaincu de l’effet dissuasif de cette politique à l’usine en cause en l’espèce. La seule preuve présentée à l’appui de la thèse de l’employeur provenait de son témoin expert, selon qui la dissuasion constituait le principal objectif, en théorie, d’une politique relative aux tests aléatoires de dépistage d’alcool. Cependant, le témoin expert ne disposait d’aucun renseignement sur le lieu de travail en question. De l’avis du conseil d’arbitrage, le fait que l’application de cette politique ne s’était traduite par aucun résultat positif en près de deux ans pouvait mener tout autant à la conclusion opposée, à savoir qu’il ne sévissait aucun problème d’alcoolisme en milieu de travail nécessitant de tels moyens dissuasifs.

[49] Dans l’autre plateau de la balance se trouve le droit de l’employé à sa vie privée. Le conseil d’arbitrage a reconnu que l’épreuve de l’éthylomètre constitue un [TRADUCTION] « empiètement considérable » sur le droit à la vie privée qui implique

la contrainte ainsi que la restriction de mouvements. Sous peine de sanction grave, l’employé est tenu de se rendre sans délai au poste muni de l’éthylomètre et doit coopérer en fournissant un échantillon d’haleine. [. . .] Si on considère l’ensemble des résultats, le régime emporte une perte de liberté et d’autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.

[50] That conclusion is unassailable. Early in the life of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Court recognized that “the use of a person’s body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity” (*R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32). And in *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399, it notably drew no distinction between drug and alcohol testing by urine, blood or breath sample, concluding that the “seizure of bodily samples is highly intrusive and, as this Court has often reaffirmed, it is subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements” (para. 23).

[51] In the end, the expected safety gains to the employer in this case were found by the board to range “from uncertain . . . to minimal at best”, while the impact on employee privacy was found to be much more severe. Consequently, the board concluded that the employer had not demonstrated the requisite problems with dangerousness or increased safety concerns such as workplace alcohol use that would justify universal random testing. Random alcohol testing was therefore held to be an unreasonable exercise of management rights under the collective agreement. I agree.

[52] This is not to say that an employer can never impose random testing in a dangerous workplace. If it represents a proportionate response in light of both legitimate safety concerns and privacy interests, it may well be justified.

[53] Moreover, the employer is not only always free to negotiate drug and alcohol testing policies with the union, as was said in *Nanticoke*, “such an

[50] Cette conclusion est inattaquable. Peu après l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour a reconnu que « l’utilisation du corps d’une personne, sans son consentement, en vue d’obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432). En outre, signalons que, dans l’arrêt *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, la Cour n’a établi aucune distinction entre le prélèvement d’échantillons d’urine, de sang ou d’haleine en vue du dépistage d’alcool ou de drogue et a conclu : « Le prélèvement d’échantillons de substances corporelles est une mesure très envahissante et, comme notre Cour l’a souvent confirmé, il est assujéti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution » (par. 23).

[51] Somme toute, le conseil d’arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l’employeur en l’espèce se situaient dans la fourchette [TRADUCTION] « entre incertains et minimes, au mieux », tandis que, comparativement, l’atteinte à la vie privée des employés était bien plus grave. Par conséquent, le conseil d’arbitrage a conclu que l’employeur n’avait pas démontré, comme il le devait, l’existence de problèmes de dangerosité ou de préoccupations accrues en ce qui a trait à la sécurité comme la consommation d’alcool en milieu de travail qui aurait justifié l’application universelle de tests aléatoires. Partant, le conseil a conclu qu’il s’agissait d’un exercice déraisonnable des droits de la direction au titre de la convention collective. Je suis d’accord.

[52] Cela ne signifie pas que l’employeur ne puisse jamais imposer une politique de tests aléatoires dans un lieu de travail dangereux. S’il s’agit d’une réponse proportionnée, à la lumière tant des préoccupations légitimes quant à la sécurité que du droit à la vie privée, une telle politique pourrait fort bien être justifiée.

[53] Qui plus est, non seulement l’adoption par l’employeur d’une politique de dépistage de drogue et d’alcool peut-elle faire l’objet de négociations

extraordinary incursion into the rights of employees *must* be expressly and clearly negotiated” (para. 101 (emphasis added)). But where, as here, the employer proceeds unilaterally without negotiating with the union, it must comply with the time-honoured requirement of showing reasonable cause before subjecting employees to potential disciplinary consequences. Given the arbitral consensus, an employer would be justifiably pessimistic that a policy unilaterally imposing random alcohol testing in the absence of reasonable cause would survive arbitral scrutiny.

[54] The board’s decision should be approached as an organic whole, without a line-by-line treasure hunt for error (*Newfoundland Nurses*, at para. 14). In the absence of finding that the decision, based on the record, is outside the range of reasonable outcomes, the decision should not be disturbed. In this case, the board’s conclusion was reasonable and ought not to have been disturbed by the reviewing courts.

[55] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

[56] ROTHSTEIN AND MOLDAVER JJ. (dissenting) — Where labour and management fail to agree on the introduction of a new workplace policy, legislatures have delegated the task of adjudicating their dispute to labour arbitrators. In this case, a union challenged management’s proactive adoption of a random alcohol testing policy at a paper mill, which the union accepts is inherently dangerous, carrying risks that go beyond the mill’s four corners. An arbitral board struck down the policy.

avec le syndicat, mais, comme il ressort de la sentence arbitrale *Nanticoke*, [TRADUCTION] « [un] tel empiètement extraordinaire sur les droits des employés *doit* clairement et expressément faire l’objet de négociations » (par. 101 (italiques ajoutés)). Or, lorsque, comme en l’espèce, l’employeur procède plutôt unilatéralement, sans négocier avec le syndicat, il est tenu de démontrer l’existence d’un motif raisonnable — une condition établie de longue date — avant d’assujettir les employés à d’éventuelles sanctions disciplinaires. Vu le consensus qui se dégage de la jurisprudence arbitrale, l’employeur ne saurait s’attendre à ce que la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool qu’il impose unilatéralement sans motif raisonnable survive à l’examen par un arbitre.

[54] Il faudrait considérer la sentence arbitrale comme un tout et s’abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur (*Newfoundland Nurses*, par. 14). En l’absence d’une constatation que la sentence, au vu du dossier, se retrouve en dehors du champ des issues possibles raisonnables, elle ne doit pas être modifiée. En l’espèce, la conclusion du conseil d’arbitrage était raisonnable et les cours siégeant en révision n’auraient pas dû intervenir.

[55] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver rendus par

[56] LES JUGES ROTHSTEIN ET MOLDAVER (dissidents) — Lorsque des travailleurs et leur employeur ne s’entendent pas sur l’introduction d’une nouvelle politique en milieu de travail, les législatures ont délégué aux arbitres la tâche de trancher leur conflit. En l’espèce, le syndicat a contesté l’adoption proactive par la direction d’une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool dans une usine de papier qui, le syndicat en convient, est intrinsèquement dangereuse et comporte des risques qui vont au-delà des limites de l’usine. Le conseil d’arbitrage a annulé la politique.

[57] In striking down the policy, we conclude that the board departed from an arbitral consensus that has attempted to strike a balance between competing interests in privacy and safety in the workplace. The board put its thumb on the scales and upset the careful balance established in the arbitral jurisprudence. In so doing, it came to an unreasonable decision. Accordingly, we respectfully dissent from the majority opinion upholding the board's decision.

I. Overview

[58] Irving Pulp & Paper, Limited ("Irving") operates a paper mill in Saint John, New Brunswick. The mill is located along the banks of the Saint John River, near the point where the river empties into the Bay of Fundy. The mill's operations involve hazardous chemicals and gases, heavy machinery and equipment, high-pressure boilers and steam lines, and high-voltage electric lines. It is uncontroversial that the mill, in normal operation, is a dangerous environment that presents risks not only to the employees of the mill, but also to the public, to property, and to the environment. The evidence discloses that malfunctions at the mill carry "a potential for 'catastrophic failures'" (board's reasons, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL), at para. 101).

[59] On February 1, 2006, Irving adopted a comprehensive policy concerning employee drug and alcohol use at the mill. The company was not unique in this regard. After the Exxon Valdez ran aground in Prince William Sound in 1989, spilling hundreds of thousands of barrels of crude oil into the ocean, Imperial Oil Ltd., the Canadian subsidiary of Exxon Mobil Corporation, began implementing similar policies at its Canadian oil refineries (*Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL) (McAlpine), at para. 5; *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.), at para. 5). The operators of dangerous facilities in a variety of other industries have taken

[57] Selon nous, en annulant ainsi la politique, le conseil a fait abstraction d'un consensus auquel étaient parvenus les arbitres, qui ont tenté de trouver un équilibre entre les intérêts opposés de la vie privée et de la sécurité en milieu de travail. Le conseil a fait pencher la balance et a rompu le juste équilibre établi dans la jurisprudence arbitrale. Ce faisant, il a rendu une décision déraisonnable. Par conséquent, avec égards, nous nous dissocions de l'opinion des juges majoritaires qui maintiennent la décision du conseil.

I. Aperçu

[58] Pâtes & Papier Irving, Limitée (« Irving ») exploite une usine de papier à Saint John, au Nouveau-Brunswick. L'usine est située le long des rives de la rivière Saint-Jean, près de l'endroit où celle-ci se vide dans la baie de Fundy. Les activités de l'usine impliquent l'utilisation de produits chimiques et de gaz dangereux, de machinerie et d'équipement lourds, de chaudières et de conduites de vapeur à haute pression ainsi que de lignes électriques haute tension. L'usine, dans ses activités normales, est un milieu dangereux qui présente des risques non seulement pour les employés de l'usine, mais aussi pour le public, les biens et l'environnement. Cela n'est pas contesté. La preuve démontre que le mauvais fonctionnement de l'usine [TRADUCTION] « risquerait de provoquer des "manquements catastrophiques" » (motifs du conseil, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL), par. 101).

[59] Le 1^{er} février 2006, Irving a adopté une politique exhaustive concernant la consommation de drogue et d'alcool par les employés à l'usine. La société n'est pas la seule à avoir adopté une telle politique. Après le déversement de l'Exxon Valdez dans la baie du Prince William en 1989 qui a entraîné le déversement de centaines de milliers de tonnes de pétrole brut dans l'océan, Imperial Oil Ltd., la filiale canadienne de l'Exxon Mobil Corporation, a commencé à mettre en œuvre des politiques semblables dans ses raffineries de pétrole canadiennes (*Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL) (McAlpine), par. 5; *Entrop c. Imperial Oil*

similar steps. See, e.g., *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher) (“C.N.R.”) (rail operations); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (“GTAA”) (airport ground operations); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves) (aluminum smelter).

[60] In explaining its decision to employees, Irving said that “the implementation of this policy is one more component of our overall safety program, which minimizes the risks associated with our operations in order to ensure a safe, healthy and productive workplace” (A.R., vol. II, at p. 70). The policy included both proactive and reactive components and addressed various issues from voluntary assessment and rehabilitation to drug and alcohol testing in defined circumstances. One aspect — the one that gave rise to this case — required that employees in designated “Safety Sensitive Positions . . . be subjected to unannounced random tests for alcohol” using a breathalyzer (A.R., vol. II, at p. 76 (emphasis added)). A positive test showing a blood alcohol concentration greater than 0.04 percent would lead to disciplinary action, determined on a case-by-case basis. The policy did not provide for random drug testing. It did require testing of employees in safety-sensitive positions for drug or alcohol use after an accident in the workplace (“post-incident” testing) and where there was a reasonable basis to suspect alcohol or drug use or possession (“reasonable cause” testing).

[61] On March 13, 2006, Perley Day, who worked in the mill’s maintenance department in a safety-sensitive position, was informed by his supervisor that he had been randomly selected for a

Ltd. (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.), par. 5). Les exploitants d’établissements dangereux dans divers autres secteurs ont pris des mesures similaires. Voir, p. ex., *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher) (« C.N.R. ») (service ferroviaire); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (« GTAA ») (opérations au sol); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves) (aluminerie).

[60] En expliquant sa décision aux employés, Irving a affirmé que [TRADUCTION] « la mise en œuvre de cette politique est un volet supplémentaire de notre programme de sécurité global qui réduit les risques associés à nos activités afin d’assurer un milieu de travail sûr, sain et productif » (d.a., vol. II, p. 70). La politique comportait des volets tant proactifs que réactifs et portait sur diverses questions, comme l’évaluation volontaire, la réhabilitation et les tests de dépistage d’alcool et de drogue dans des circonstances précises. Un aspect — celui à l’origine du présent pourvoi — exigeait que les employés occupant un [TRADUCTION] « poste à risque [doivent] subir sans préavis des tests aléatoires de dépistage d’alcool » au moyen d’un éthylomètre (d.a., vol. II, p. 76 (nous soulignons)). Un résultat positif démontrant une alcoolémie supérieure à 0,04 pour 100 emportait des sanctions disciplinaires, déterminées au cas par cas. La politique ne prévoyait pas de tests aléatoires de dépistage de drogue. Elle exigeait par ailleurs de faire subir des tests de dépistage de drogue ou d’alcool aux employés occupant un poste à risque après un accident sur le lieu de travail (tests « post-incident ») et lorsqu’il existait un motif raisonnable de soupçonner qu’un employé a consommé de l’alcool ou des drogues ou est en possession de telles substances (tests réalisés pour un « motif raisonnable »).

[61] Le 13 mars 2006, Perley Day — qui travaillait au service d’entretien de l’usine et occupait un poste à risque — a été informé par son superviseur qu’il avait été choisi au hasard pour subir l’épreuve

breathalyser by a computer program managed off-site by an independent third party. This upset Mr. Day, who has been a teetotaler since 1979. He nonetheless went along with the test, because failing to do so could have led to disciplinary action. He tested negative. On April 12, Mr. Day's union, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 ("Union"), filed a grievance with Irving on his behalf. Mr. Day grieved that "there was no reasonable grounds to test or a significant accident or incident which would justify such a measure" (A.R., vol. II, at p. 62). At bottom, Mr. Day objected to the random alcohol testing component of the policy; he had no quibble with those aspects concerned with so-called reasonable cause or post-incident testing.

[62] Mr. Day's grievance ultimately went before a labour arbitration board, where a majority of the board set aside the random alcohol testing portion of the company's policy. The board applied what it understood to be the existing test in the arbitral jurisprudence for review of employer rules concerning drug and alcohol testing and concluded that "[t]he inroads into employee privacy are significant and out of proportion to any benefit, actual or reasonably to be expected to be had by the employer and disclosed by the evidence" (para. 123). On judicial review, the court did not take issue with the board's articulation of the legal test, but it quashed the board's decision because it was "unreasonable in that it is not an outcome which is defensible in the context of their earlier findings regarding the dangerous nature of the workplace and the minimally intrusive nature of the testing" (2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234, at para. 70). On appeal, the New Brunswick Court of Appeal applied a standard of correctness to the board's decision and concluded that the test in the arbitral jurisprudence was flawed because "[e]vidence of an existing alcohol problem in the workplace is unnecessary once the employer's work environment is classified as inherently dangerous" (2011 NBCA 58, 375 N.B.R. (2d) 92, at para. 52). On the strength of its

de l'éthylomètre par un programme informatique géré à l'extérieur de l'usine par un tiers indépendant. Cela a contrarié M. Day qui pratique l'abstinence depuis 1979. Il a néanmoins subi le test, car le défaut de s'y soumettre aurait pu entraîner des sanctions disciplinaires. Le test s'est révélé négatif. Le 12 avril, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 (« syndicat ») qui représente M. Day a déposé un grief en son nom. M. Day a affirmé que [TRADUCTION] « l'employeur n'avait aucun motif raisonnable lui permettant de procéder au test, et aucun accident ni incident importants n'est survenu pour justifier une telle mesure » (d.a., vol. II, p. 62). Au fond, M. Day s'opposait au volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool; il ne contestait pas les aspects concernant les tests réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident.

[62] Le grief de M. Day s'est ultimement rendu devant un conseil d'arbitrage, dont la majorité a annulé le volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool. Le conseil a appliqué ce qu'il croyait être le critère applicable selon la jurisprudence arbitrale pour examiner les règles de l'employeur en matière de tests de dépistage de drogue et d'alcool et a conclu que [TRADUCTION] « [l]'empiètement sur la vie privée de l'employé est considérable et disproportionné par rapport à l'avantage — véritable ou vraisemblable — qu'il procurera à l'employeur selon la preuve » (par. 123). Dans le cadre du contrôle judiciaire, le tribunal n'a pas contesté la formulation, par le conseil, du critère juridique, mais a annulé sa décision parce qu'elle était « déraisonnable [. . .] en ce sens qu'elle n'est pas une issue qui peut se justifier dans le contexte de ses conclusions antérieures sur le danger que présente le lieu de travail et sur l'atteinte minimale portée par les tests de dépistage » (2010 NBBR 294, 367 R.N.-B. (2^e) 234, par. 70). En appel, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a appliqué la norme de la décision correcte à la sentence du conseil et a conclu que le critère énoncé dans la jurisprudence arbitrale était mal fondé parce que « [l]a preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail est inutile dès lors que le

new test, the Court of Appeal found the board's decision incorrect and thus dismissed the appeal.

[63] We would affirm the decisions of the two courts below quashing the board's decision, but do so for different reasons. We agree with the majority that the appropriate standard of review is reasonableness. In our view, however, the board made two findings that are fatal to the reasonableness of its decision. First, though purporting to apply the test emerging from the arbitral consensus, the board misstated an element of the test that was essential to its ultimate decision. More specifically, the board elevated the threshold of evidence that Irving was required to lead in order to justify its random alcohol testing policy, but it offered no reason for doing so. Second, in applying the evidentiary element of the test, the board supported its conclusion by making an unreasonable inference from the factual record. Because these findings rendered the board's decision unreasonable, we would dismiss the appeal and affirm the order of the court below quashing the board's decision.

II. Analysis

[64] At the heart of the dispute between Irving and the Union is the quantum of evidence that the operator of a dangerous workplace is required to introduce before it can exercise its management rights under the parties' collective agreement to adopt a proactive (that is, random) as opposed to a reactive (that is, a reasonable cause or post-incident) alcohol testing policy. In our view, the consensus reflected in the arbitral jurisprudence provides an answer to that question. Before turning to that jurisprudence and the board's departure from it, we begin our analysis with the standard of review, which occupied much attention at the Court of Appeal and before this Court.

milieu de travail de l'employeur est classé dans la catégorie des milieux dangereux par nature » (2011 NBCA 58, 375 R.N.-B. (2^e) 92, par. 52). Sur la foi de ce nouveau critère, la Cour d'appel a conclu que la décision du conseil était mal fondée et a donc rejeté le pourvoi.

[63] Nous sommes d'avis de confirmer les décisions des deux tribunaux d'instance inférieure annulant la décision du conseil, mais pour des raisons différentes. Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. À notre avis toutefois, le conseil a tiré deux conclusions qui sont fatales pour le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, bien qu'il ait prétendu avoir appliqué le critère découlant du consensus arbitral, le conseil en a dénaturé un élément qui était essentiel à sa décision définitive. Plus particulièrement, le conseil a élevé le seuil de preuve qu'Irving était tenue de présenter afin de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool, sans toutefois motiver sa décision. Deuxièmement, en appliquant le volet du critère portant sur la preuve, le conseil a étayé sa conclusion en tirant une inférence déraisonnable des faits de l'espèce. Comme ces conclusions ont rendu la décision du conseil déraisonnable, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, de confirmer la décision de la cour d'instance inférieure et d'annuler la décision du conseil d'arbitrage.

II. Analyse

[64] Le conflit entre Irving et le syndicat porte essentiellement sur la quantité d'éléments de preuve que l'exploitant d'un lieu de travail dangereux est tenu de présenter avant de pouvoir exercer le droit de la direction prévu à la convention collective applicable aux parties d'adopter une politique de dépistage d'alcool proactive (c'est-à-dire aléatoire) plutôt que réactive (c'est-à-dire pour un motif raisonnable ou post-incident). À notre avis, le consensus établi par la jurisprudence arbitrale fournit la réponse à cette question. Avant de nous pencher sur cette jurisprudence et sur le défaut du conseil de s'y conformer, nous commencerons par analyser la norme de contrôle, qui a beaucoup retenu l'attention de la Cour d'appel et de la Cour.

A. *The Standard of Review for Labour Arbitration Awards Is Reasonableness*

[65] There is no question in this case about the appropriate standard of review: it is reasonableness. As Fish J. emphasized for a unanimous Court only two years ago, “[p]revailing case law clearly establishes that arbitral awards under a collective agreement are subject, as a general rule, to the reasonableness standard of review” (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 31). This case is no exception.

[66] The Court of Appeal’s conclusion that a standard of correctness is warranted in this case rests, at bottom, on its assertion that “at its core this appeal is of importance to the public at large” (para. 56). With respect, the prospect that this dispute may be of wider public concern because of the risks posed by the mill cannot, on its own, transform the legal question here into a “questio[n] of law that [is] of central importance to the legal system as a whole and that [is] outside the adjudicator’s expertise” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30, citing *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18; see also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 55 and 60). On the contrary, this case asks whether management’s exercise of its unilateral rule-making power can be justified under a collective agreement. That question is plainly part of labour arbitrators’ bread and butter. This dispute has little *legal* consequence outside the sphere of labour law and that, not its potential real-world consequences, determines the applicable standard of review.

[67] The privileged position of labour arbitrators is a product of “their distinctive role in fostering peace in industrial relations” (*Nor-Man*, at para. 47),

A. *La norme de contrôle des sentences arbitrales est celle du caractère raisonnable*

[65] La norme de contrôle applicable en l’espèce ne fait aucun doute : il s’agit de celle du caractère raisonnable. Comme l’a souligné le juge Fish au nom de la Cour unanime il y a à peine deux ans, « [l]a jurisprudence dominante établit clairement que, règle générale, les sentences arbitrales rendues en vertu d’une convention collective sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonabilité » (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 31). L’espèce ne fait pas exception.

[66] La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la norme de la décision correcte est justifiée en l’espèce repose, au fond, sur son affirmation que « fondamentalement, le présent appel est d’importance pour le grand public » (par. 56). À notre humble avis, la perspective que le présent conflit puisse être d’intérêt public général en raison des risques que présente l’usine ne peut, à elle seule, transformer la question juridique en l’espèce en une « questio[n] de droit qui revê[t] une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui [est] étrangèr[e] au domaine d’expertise du décideur » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30, citant *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18; voir également *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 55 et 60). Au contraire, il s’agit de déterminer si la direction est justifiée, par application d’une convention collective, d’exercer un pouvoir décisionnel unilatéral. Cette question fait manifestement partie du champ d’expertise des arbitres. Le présent conflit a peu de conséquences *juridiques* en dehors du droit du travail et c’est ce qui détermine la norme de contrôle applicable, et non ses conséquences possibles dans le monde réel.

[67] La position privilégiée des arbitres résulte de « leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles » (*Nor-Man*, par. 47),

which “is important . . . to society as a whole” (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 36). Since at least *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, this Court has been unequivocal in emphasizing the respect that courts must show for the legislative choice to delegate such decisions to labour arbitration boards. As Estey J. observed:

The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations

. . . .

What is left is an attitude of judicial deference to the arbitration process. . . . It is based on the idea that if the courts are available to the parties as an alternative forum, violence is done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting. Arbitration . . . is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for resolution of disputes arising under collective agreements. [Emphasis added; pp. 718-21.]

[68] As a consequence of this legislative choice, labour arbitrators are entitled to a “protected zone of deference” (*Nor-Man*, at para. 43) in which the courts should not willingly enter as competing “arbiters of labour policy” (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1005, *per* La Forest J.). That is especially so because unwarranted judicial intervention risks short-circuiting negotiations between management and labour by delivering through judicial fiat what the legislature has said should be subject to collective bargaining between the parties.

[69] The Court of Appeal was of the view that “[a]s matter of policy, this Court must decide whether an employer is under an obligation to demonstrate sufficient evidence of an alcohol problem in the workplace before adopting a policy requiring

paix qui « est importante pour [. . .] l’ensemble de la société » (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 36). Depuis au moins l’arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, la Cour a souligné sans équivoque le respect que les tribunaux doivent démontrer à l’égard du choix du législateur de déléguer de telles décisions à des conseils d’arbitrage. Comme l’a fait observer le juge Estey :

L’attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail

. . . .

Il en reste une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d’arbitrage. [. . .] Ce respect est fondé sur l’idée que si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. L’arbitrage [. . .] constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la legislature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives. [Nous soulignons; p. 718-721.]

[68] En raison de ce choix législatif, les questions auxquelles répondent les arbitres « commandent la déférence » (*Nor-Man*, par. 43), et les tribunaux ne devraient pas intervenir avec désinvolture et agir en tant qu’« arbitres d’une politique de travail » (*CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1005, le juge La Forest). Cela est particulièrement vrai du fait qu’une intervention judiciaire non justifiée risque de court-circuiter les négociations entre la direction et les travailleurs puisque les tribunaux formuleraient, par décision judiciaire, ce qui, selon le législateur, devrait être le fruit de la négociation collective entre les parties.

[69] La Cour d’appel était d’avis que « [p]our des raisons de principe, notre Cour doit décider si un employeur a l’obligation de démontrer au moyen d’une preuve suffisante l’existence d’un problème d’alcool dans le lieu de travail avant d’adopter une

mandatory random alcohol testing” (para. 52 (emphasis added; emphasis in original deleted)). We respectfully disagree. That policy choice is one that the Legislative Assembly of New Brunswick has delegated to the collective bargaining process and, where disputes emerge, to labour arbitrators, whose decisions the legislature has shielded with a privative clause. See *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 32(1), 55(1) and 77(1).¹

[70] Reasonable people may well differ about the wisdom of the legislative choice to entrust labour arbitrators — or courts, for that matter — with a policy-making function that potentially carries serious repercussions for public safety and the environment. One leading arbitrator has suggested that the “sensitive treatment” of drug and alcohol testing policies by arbitral boards and human rights tribunals “has given a sufficiently fair and balanced protection to the interests of both employees and employers, so as to avoid the need for the more blunt and draconian alternative of legislative regulation” (*C.N.R.*, at p. 366 (emphasis added)). That may well be the case.

[71] But the fact that the *public interest* — not merely that of employer and employee — is relevant in cases such as this one may counsel a re-assessment of the legislative choice to delegate policy-making for drug and alcohol testing to the collective bargaining process and to labour arbitrators. It is one thing for employers and employees

¹ The federal government has similarly adopted a hands-off approach. In response to the government’s announcement of a national drug strategy, Parliament undertook a comprehensive study of drug and alcohol issues in 1986-87. The report of the standing committee charged with studying the matter recommended that “employers not introduce mass or random drug [or alcohol] screening” in the workplace (Standing Committee on National Health and Welfare, “‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”, No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., October 1987, at p. 25). The government accepted that recommendation (Minister of National Health and Welfare, “Government Response to the Report of the Standing Committee on ‘Booze, Pills & Dope’” (March 1988), at p. 8) and there remains no federal legislation on drug or alcohol testing in the workplace.

politique prescrivant des tests obligatoires et aléatoires de dépistage d’alcool » (par. 52 (nous soulignons; soulignement dans l’original omis)). En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. Il s’agit d’un choix de politique que l’Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a délégué aux parties au processus de négociation collective et, lorsque des conflits surviennent, aux arbitres, dont les décisions sont protégées par une clause privative. Voir la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, par. 32(1), 55(1) et 77(1).¹

[70] Des personnes raisonnables pourraient remettre en question le choix du législateur de confier aux arbitres — ou aux tribunaux d’ailleurs — la fonction d’adopter des politiques qui pourraient avoir des répercussions graves sur la sécurité publique et l’environnement. Un éminent arbitre a indiqué que le [TRADUCTION] « traitement habile » des politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool par les conseils d’arbitrage et les tribunaux des droits de la personne « a fourni une protection suffisamment juste et équilibrée aux intérêts tant des employés que des employeurs, afin d’éviter la nécessité de recourir à la réglementation législative, une solution plus brusque et draconienne » (*C.N.R.*, p. 366 (nous soulignons)). Cela pourrait bien être le cas.

[71] Cependant, la reconnaissance que l’*intérêt du public* — et non simplement celui de l’employeur et de l’employé — est pertinent dans des cas comme celui dont nous sommes saisis peut commander une réévaluation du choix du législateur de déléguer aux arbitres et responsables du processus de négociations collectives l’adoption de politiques de tests

¹ De même, le gouvernement fédéral a adopté une approche passive. En réponse à l’annonce du gouvernement d’une stratégie nationale antidrogue, le Parlement a réalisé une étude complète sur les problèmes de drogue et d’alcool dans les années 1986-1987. Le rapport du comité permanent chargé d’étudier la question a recommandé que « les employeurs ne soumettent pas [leurs employés] à des tests de dépistage des drogues [ou d’alcool] » dans le lieu de travail (Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social, « Boisson, pilules et drogue : comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2^e sess., 33^e lég., octobre 1987, p. 31). Le gouvernement a accepté cette recommandation (ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, « Réponse du gouvernement au premier rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue » (mars 1988), p. 8), et il ne reste plus aucune législation fédérale sur les tests de dépistage de drogue ou d’alcool en milieu de travail.

to negotiate a balance as they see fit with respect to their own privacy and safety. It is a different matter, however, to leave the public interest to the vicissitudes of the bargaining table. Of course, it would be counterintuitive to suggest that employees do not care for their own safety or, indeed, the safety of their neighbours. The point is simply that employees, employers, and the public may each strike the balance between privacy and safety differently. And where disputes between employers and employees emerge, it is not immediately apparent to us why an adjudicative body that is expert in the resolution of private labour disputes, but not in weighing broader considerations concerning the safety and environmental interests of the public at large, is best positioned to serve as the guardian of the public interest. Indeed, nothing in the relevant legislation even requires, let alone suggests, that labour arbitrators should assume this role.

[72] The New Brunswick legislature has within the scope of its legislative authority the power to take drug and alcohol testing outside the purview of the collective bargaining process, as some other legislative bodies have done in certain contexts. See, e.g., *Code of Federal Regulations*, 49 C.F.R. Part 382 (United States); *Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012*, No. 662 (New South Wales); *Railway Safety Act 2005* (Ireland). Indeed, some experts have suggested there is an “overwhelming argument” in this country for “legislative direction and definition that would add consistency, uniformity of meaning, and predictability for all workplace stakeholders” (N. Keith and A. J. Wiggins, *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse* (2008), at p. 240). That decision, however, is one for the New Brunswick legislature and not for this Court — no matter how strongly we might favour such a step.

de dépistage de drogue et d’alcool. C’est une chose que les employeurs et les employés négocient ce qu’ils estiment être un juste équilibre quant à leur vie privée et leur sécurité. C’en est une autre, cependant, que l’intérêt du public soit soumis aux aléas de la table de négociation. Bien sûr, il serait contre-intuitif de suggérer que les employés ne se préoccupent pas de leur propre bien-être ni, d’ailleurs, de la sécurité de leurs voisins. L’idée, c’est simplement que les employés, les employeurs et le public peuvent chacun mettre en balance à leur façon les questions relatives à la vie privée et celles touchant à la sécurité. Qui plus est, quand surviennent des différends entre les employeurs et les employés, il ne nous apparaît pas clairement pourquoi un organisme d’arbitrage qualifié pour régler des conflits de travail privés, mais non pour mettre en balance des considérations plus générales concernant les intérêts du public en général en matière de sécurité et d’environnement, serait mieux placé pour agir comme gardien de l’intérêt du public. En effet, rien dans la législation pertinente ne requiert, et encore moins ne suggère, que les arbitres du travail devraient assumer ce rôle.

[72] Dans l’exercice de son pouvoir législatif, le législateur du Nouveau-Brunswick a le pouvoir de soustraire les tests de dépistage de drogue et d’alcool au processus de négociation collective, comme d’autres organes législatifs l’ont fait dans certains contextes. Voir, p. ex., *Code of Federal Regulations*, 49 C.F.R. Part 382 (États-Unis); *Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012*, No. 662 (Nouvelle-Galles du Sud); *Railway Safety Act 2005* (Irlande). En effet, certains experts ont indiqué qu’il est évident dans notre pays qu’[TRADUCTION] « une directive et une définition législatives ajouteraient de la cohérence, de l’uniformité et de la prévisibilité pour tous les intervenants du milieu de travail » (N. Keith et A. J. Wiggins, *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace : An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse* (2008), p. 240). Cette décision revient toutefois au législateur du Nouveau-Brunswick et non à la Cour — aussi enclins que nous puissions être à favoriser l’adoption d’une telle mesure.

[73] Nevertheless, under reasonableness review there is a difference between judicial abdication and judicial restraint. We reiterate that “the domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless” (*Nor-Man*, at para. 52). To the extent a particular arbitral award is unreasonable — as we would hold the award here is — it remains liable to being set aside on judicial review.

B. *The Role of Arbitral Consensus in Defining the “Range of Reasonable Outcomes”*

[74] In recent years, this Court has emphasized that reasonableness is “a single standard that takes its colour from the context” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; see also *Alberta Teachers*, at para. 47). The factual and legal context in which a decision is made is critical to assessing its reasonableness for the simple reason that “[r]easonableness is not a quality that exists in isolation” (*Paccar*, at p. 1018, *per* Sopinka J.). Rather, when a reviewing court brands a decision as “reasonable” or “unreasonable”, it is necessarily making a conclusion about the relationship between the ultimate decision and the facts and law that underlie it. The context of a decision thus shapes the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47) or, more simply, the “range of reasonable outcomes” (*Khosa*, at para. 4).

[75] The context of this case is informed in no small part by the wealth of arbitral jurisprudence concerning the unilateral exercise of management rights arising under a collective agreement in the interests of workplace safety. We will say more about the “balancing of interests” test that has emerged from that jurisprudence in a moment, but for now the salient point is that arbitral precedents *in previous cases* shape the contours of what qualifies as a reasonable decision *in this case*. In that regard, we agree with our colleague, Abella J., who describes this “remarkably consistent arbitral jurisprudence” as “a valuable benchmark against which

[73] Quoi qu’il en soit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable, il existe une différence entre la renonciation judiciaire et la retenue judiciaire. Nous réitérons que « la sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n’est nullement dépourvue de limites » (*Nor-Man*, par. 52). Dans la mesure où une sentence arbitrale donnée est déraisonnable — comme c’est le cas, à notre avis, de la sentence en l’espèce —, elle est susceptible d’être annulée à l’issue du contrôle judiciaire.

B. *Le rôle du consensus arbitral dans la définition des « issues raisonnables possibles »*

[74] Au cours des dernières années, la Cour a souligné que la raisonabilité « constitue une norme unique qui s’adapte au contexte » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; voir également *Alberta Teachers*, par. 47). Le contexte factuel et juridique dans lequel une décision est rendue est crucial pour évaluer sa raisonabilité, pour la simple raison que « [l]e caractère raisonnable n’existe pas dans l’absolu » (*Paccar*, p. 1018, le juge Sopinka). Au contraire, lorsque le tribunal de révision qualifie une décision de « raisonnable » ou de « déraisonnable », il tire nécessairement une conclusion concernant la relation entre la décision définitive, d’une part, et les faits et le droit qui la sous-tendent, d’autre part. Le contexte d’une décision influence ainsi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47) ou, plus simplement, les « issues raisonnables possibles » (*Khosa*, par. 4).

[75] Le contexte de l’espèce repose en grande partie sur l’abondante jurisprudence arbitrale portant sur l’exercice unilatéral des droits de la direction découlant d’une convention collective dans l’intérêt de la sécurité du lieu de travail. Nous reviendrons sur le critère de la « mise en balance des intérêts » qui s’est dégagé de cette jurisprudence dans un moment, mais, pour l’instant, ce qui importe c’est que les précédents en matière d’arbitrage *dans les décisions antérieures* circonscrivent en quoi consiste une décision raisonnable *en l’espèce*. À cet égard, nous sommes d’accord avec notre collègue, la juge Abella, qui décrit cette « jurisprudence arbitrale

to assess the arbitration board’s decision in this case” (paras. 16 and 6).

[76] The arbitral cases themselves stress the importance of arbitral consensus in shaping subsequent awards. For example, in *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193, Arbitrator Lynk spoke of a “‘common law’ of the unionized workplace” and observed:

While statutes and collective agreements form the foundation for the law of the unionized workplace in Ontario today, as well as providing the source for arbitral authority, any statement on the scope of labour arbitration law would be defici[en]t and incomplete without also including the interpretative function that arbitration awards play in building upon and adding to the law on workplace relations. When an arbitral rule or principle has emerged through industrial relations practice and become broadly accepted in a series of arbitration awards, then, even though the governing statute, the broader common law and the collective agreement may be silent on the matter, this principle at some point crystallizes and becomes part of the law of the unionized workplace. The duty of management to act fairly and reasonably, the estoppel doctrine, the *KVP* principle on company rules and the doctrine of the culminating incident, to name but only a few, have all become part of the legal regime of the workplace through the arbitral “common law”. [Emphasis added; pp. 206-7.]

[77] Thus no arbitral board is an island unto itself. As it is with the common law, which matures with the benefit of experience acquired one case at a time, so it is with the arbitral jurisprudence. Indeed, in this case, the arbitral board cited multiple prior arbitral awards for the proposition that Mr. Day had a right to privacy in his workplace (para. 19, citing *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257 (Veniot), which referred to *Prestressed Systems; Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac*

remarquablement constante » comme « une référence utile pour évaluer la décision du conseil d’arbitrage en l’espèce » (par. 16 et 6).

[76] Les décisions arbitrales elles-mêmes soulignent l’importance du consensus arbitral dans la détermination des sentences subséquentes. Par exemple, dans *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193, l’arbitre Lynk a parlé d’une [TRADUCTION] « “common law” applicable au milieu de travail syndiqué » et a observé ce qui suit :

Bien que les lois et les conventions collectives servent de fondement à la loi du milieu de travail syndiqué en Ontario aujourd’hui, et soient également à l’origine des pouvoirs de l’arbitre, toute déclaration sur la portée du droit de l’arbitrage serait déficiente et incomplète si l’on ne tenait pas compte également de la fonction interprétative que jouent les sentences arbitrales en s’appuyant sur le droit en matière de relations de travail et en contribuant à l’élaborer. Lorsqu’une règle ou un principe arbitral se dégage de la pratique des relations industrielles et devient généralement accepté par plusieurs sentences arbitrales — même si la loi applicable, la common law et la convention collective sont muettes à cet égard — ce principe se matérialise à un certain moment et fait ensuite partie de la loi du milieu de travail syndiqué. L’obligation de la direction d’agir de façon équitable et raisonnable, la théorie de l’estoppel, le principe découlant de la sentence arbitrale *KVP* sur les règles des sociétés ainsi que la doctrine de l’incident déterminant, pour ne nommer que ceux-là, font tous désormais partie du régime juridique du milieu de travail et y ont accédé par le truchement de la « common law » en matière d’arbitrage. [Nous soulignons; p. 206-207.]

[77] Par conséquent, aucun conseil d’arbitrage n’est isolé du reste du monde. Comme dans le cas de la common law, la jurisprudence arbitrale mûrit avec l’expérience acquise, une décision à la fois. D’ailleurs, en l’espèce, le conseil d’arbitrage a cité de multiples sentences arbitrales antérieures pour affirmer que M. Day avait droit à la protection de sa vie privée dans son lieu de travail (par. 19, citant *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257 (Veniot), qui a fait référence à *Prestressed Systems; Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied*

Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re) (1999), 88 L.A.C. (4th) 237 (Burkett)).

[78] Respect for prior arbitral decisions is not simply a nicety to be observed when convenient. On the contrary, where arbitral consensus exists, it raises a presumption — for the parties, labour arbitrators, and the courts — that subsequent arbitral decisions will follow those precedents. Consistent rules and decisions are fundamental to the rule of law. As Professor Weiler, a leading authority in this area, observed in *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332:

This board is not bound by any strict rule of *stare decisis* to follow a decision of another board in a different bargaining relationship. Yet the demand of predictability, objectivity, and impersonality in arbitration require that rules which are established in earlier cases be followed unless they can be fairly distinguished or unless they appear to be unreasonable. [Emphasis added; p. 344.]

See, also D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), at topic 1:3200 (including discussion of the “Presumption Resulting From Arbitral Consensus”); R. M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4th ed. 2009), at p. 51 (identifying Professor Weiler’s view as “typical”).

[79] Thus, while arbitrators are free to depart from relevant arbitral consensus and march to a different tune, it is incumbent on them to explain their basis for doing so. As this Court has stressed, “reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” (*Dunsmuir*, at para. 47). Because judges are not mind readers, without some explanation, whether implicit or explicit, for a board’s departure from the arbitral consensus, it is difficult to see how a “reviewing court

Employees, Local 647 (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237 (Burkett)).

[78] Le respect des décisions arbitrales antérieures n’est pas simplement une politesse à observer lorsque cela nous convient. Au contraire, lorsqu’il y a un consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes se conformeront à ces précédents. L’uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. Comme l’a fait observer le professeur Weiler, une référence incontournable en la matière, dans *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332 :

[TRADUCTION] Le conseil n’est pas tenu par une règle stricte du *stare decisis* de suivre la décision d’un autre conseil dans une relation de négociation différente. Cela dit, l’exigence de la prévisibilité, de l’objectivité et du caractère impersonnel dans l’arbitrage requiert que les règles établies dans des décisions antérieures soient suivies à moins, d’une part, que l’on puisse établir une distinction entre le cas qui nous occupe et ces décisions antérieures ou, d’autre part, que ces décisions semblent déraisonnables. [Nous soulignons; p. 344.]

Voir également D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), sujet 1:3200 (y compris une analyse de la [TRADUCTION] « Présomption découlant du consensus arbitral »); R. M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4^e éd. 2009), p. 51 (qui qualifie l’opinion du professeur Weiler de [TRADUCTION] « typique »).

[79] Par conséquent, bien que les arbitres soient libres de faire abstraction du consensus arbitral applicable et d’adopter une opinion différente, il leur incombe d’expliquer le fondement de leur décision. Comme l’a souligné la Cour, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir*, par. 47). Puisque les juges ne sont pas des télépathes, il est difficile de voir comment une « cour de révision [pourrait] comprendre le fondement de la décision

[could] understand why the [board] made its decision” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Reasonableness review includes the ability of courts to question for consistency where, in cases like this one, there is no apparent basis for implying a rationale for an inconsistency.

[80] In this case, as we will explain, the board departed from the legal test emerging from the arbitral consensus by elevating the threshold of evidence Irving was required to introduce in order to justify a policy of random alcohol testing. The board, however, offered no explanation — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for doing so. In the absence of any explanation whatsoever, we are unable to understand why the board thought it reasonable to do what it did. In the circumstances of this case, its decision thus fell outside the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law.

C. *The Arbitral Jurisprudence Reveals a Consensus on Assessing Workplace Drug and Alcohol Policies*

[81] The arbitral jurisprudence does not recognize an unqualified right of employers to unilaterally impose workplace rules on their employees outside of the collective bargaining process. Rather, the onus is on the employer to justify such rules based on compliance with standards first articulated in the seminal arbitral decision of *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The “KVP test” has six distinct elements, the primary one being that the rule must be reasonable. In this case, the only question was the reasonableness of the rule (board’s reasons, at para. 30). Before this Court, neither party challenges the applicability or reasonableness of the KVP test and we therefore accept it as establishing the guiding framework for analysis for the purposes of the present appeal.

du [conseil] » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16) sans que ce dernier explique, implicitement ou explicitement, pourquoi il a fait abstraction du consensus arbitral. Le contrôle judiciaire du caractère raisonnable comprend la capacité pour les tribunaux de se questionner sur l’opportunité de se conformer ou non au consensus lorsque, dans les cas comme celui qui nous occupe, il n’existe aucun fondement apparent pour déduire qu’il serait logique de ne pas le suivre.

[80] En l’espèce, comme nous l’expliquerons plus loin, le conseil a dérogé au critère juridique s’étant dégagé du consensus arbitral en élevant le seuil de preuve qu’Irving était tenue de présenter pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Toutefois, le conseil n’a pas expliqué — implicitement ou explicitement, de façon raisonnable ou déraisonnable — pourquoi il a agi ainsi. En l’absence d’une quelconque explication, nous ne pouvons comprendre pourquoi le conseil pensait qu’il était raisonnable d’agir comme il l’a fait. Dans les circonstances de l’espèce, sa décision n’appartenait donc pas aux issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

C. *La jurisprudence arbitrale révèle un consensus sur l’évaluation des politiques en matière de drogue et d’alcool en milieu de travail*

[81] La jurisprudence arbitrale ne reconnaît aucun droit absolu aux employeurs d’imposer unilatéralement des règles en milieu de travail à leurs employés en dehors du processus de négociation collective. Il incombe plutôt à l’employeur de justifier de telles règles sur le fondement du respect des normes énoncées pour la première fois dans la décision arbitrale phare *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). Le « critère énoncé dans KVP » prévoit six éléments distincts, le principal étant que la règle doit être raisonnable. En l’espèce, seule la question de la raisonabilité de la règle était soulevée (motifs du conseil, par. 30). Devant la Cour, aucune des parties n’a contesté l’applicabilité ou la raisonabilité du critère énoncé dans KVP et nous estimons, par conséquent, qu’il établit le cadre d’orientation de l’analyse aux fins du présent pourvoi.

[82] The rather abstract concept of *KVP* reasonableness has been given shape in various contexts, including drug and alcohol testing policies, by a further “balancing of interests” test (see, e.g., *Esso Petroleum*, at para. 73; *C.N.R.*, at pp. 367-69). The test recognizes that an employee’s right to privacy is “a core workplace value, albeit one that is not absolute” (*Trimac*, at p. 260). Accordingly, the test seeks to determine “the extent to which mandatory random drug [or alcohol] testing furthers the objective of a safe and productive workplace and a corresponding assessment of the extent to which it invades individual privacy” (*Trimac*, at p. 259). Again, before this Court, neither party challenges the applicability or reasonableness of the balancing of interests test. They do, however, have divergent understandings as to what it actually requires in the circumstances of this case. Accordingly, in what follows, we review the relevant jurisprudence in some detail.

(1) What Is the Appropriate Test in These Circumstances?

[83] A measure of precision is required when discussing the relevant arbitral jurisprudence in the area of drug and alcohol testing because there are different testing scenarios, with different tests applying depending on the rule an employer seeks to justify. First, one must distinguish between testing for drugs from that for alcohol. Second, one must distinguish reasonable cause or post-incident testing from random testing. Taking both distinctions together, the matrix of possible options reveals four distinct testing scenarios: reasonable cause/post-incident drug testing, reasonable cause/post-incident alcohol testing, random drug testing, and random alcohol testing.

[82] La notion plutôt abstraite de la raisonnablement énoncée dans *KVP* a été raffinée dans divers contextes, notamment dans celui de politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool, par un autre critère, celui de la « mise en balance des intérêts » (voir, p. ex., *Esso Petroleum*, par. 73; *C.N.R.*, p. 367-369). Ce critère reconnaît que le droit d’un employé à la protection de sa vie privée est [TRADUCTION] « une valeur essentielle du lieu de travail, bien qu’elle ne soit pas absolue » (*Trimac*, p. 260). Par conséquent, le critère vise à déterminer « la mesure dans laquelle les tests obligatoires et aléatoires de dépistage de drogue [ou d’alcool] favorisent l’objectif d’un lieu de travail sécuritaire et productif » ainsi que « la mesure dans laquelle les tests violent la vie privée » (*Trimac*, p. 259). Là encore, devant la Cour, aucune des parties n’a contesté l’applicabilité ou la raisonnablement du critère de la mise en balance des intérêts. Elles n’abondent toutefois pas dans le même sens en ce qui concerne les exigences du critère dans les circonstances de l’espèce. Par conséquent, dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons la jurisprudence applicable de façon assez détaillée.

(1) Quel est le critère applicable dans ces circonstances?

[83] Il faut faire preuve de précision dans l’analyse de la jurisprudence arbitrale applicable en matière de tests de dépistage de drogue et d’alcool, car il existe différents scénarios d’examen possibles, avec des critères différents qui s’appliquent selon la règle que l’employeur cherche à justifier. Premièrement, il faut établir une distinction entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d’alcool. Deuxièmement, il faut établir une distinction entre les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident et les tests aléatoires de dépistage. Compte tenu de ces deux distinctions, il existe quatre scénarios distincts d’examen : les tests de dépistage de drogue réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident, les tests de dépistage d’alcool réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident, les tests aléatoires de dépistage de drogue ainsi que les tests aléatoires de dépistage d’alcool.

[84] The Irving policy that spawned the grievance in this case addressed reasonable cause and post-incident testing for *both* drugs and alcohol, as follows:

Post-incident: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subject to post-incident tests for alcohol and drugs. After a work-related accident or other incident (an “Incident”) the decision to refer an Employee(s) for a test will be made by an on-site Supervisor investigating the Incident, in conjunction with a second person (a health professional, another Supervisor, or Company Security) wherever practicable.

Reasonable Cause: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subject to reasonable cause tests for alcohol and drugs. Where the Company determines there is reasonable cause to suspect alcohol or other drug use or possession in violation of this policy, testing will be performed. The decision to test shall be made by a Supervisor, in conjunction with a second person (e.g. another Supervisor or Company Security) wherever practicable. The decision will be based on specific, personal and documented observations resulting from, but not limited to:

- observed use or evidence of use of a substance (e.g. smell of alcohol);
- erratic or atypical behaviour of the Employee;
- changes in the physical appearance of the Employee;
- changes in behaviour of the Employee; or
- changes in the speech patterns of the Employee. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 75-76.]

[85] In contrast, the random portion of the policy was concerned *only* with alcohol testing and it is *that* portion — and only that portion — of the policy that is subject to the instant grievance:

[84] La politique d’Irving à l’origine du grief en l’espèce portait sur les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident *tant* pour les drogues que pour l’alcool :

[TRADUCTION] Post-incident : Les employés occupant un poste à risque devront subir des tests de dépistage d’alcool et de drogue post-incident. Après un accident de travail ou un autre incident (un « incident »), la décision de faire subir un test de dépistage à un employé sera prise par un superviseur sur place qui fera enquête sur l’incident, conjointement avec une deuxième personne (un professionnel de la santé, un autre superviseur ou un agent de sécurité) dans la mesure du possible.

Motif raisonnable : Les employés occupant un poste à risque devront subir des tests de dépistage d’alcool et de drogue pour un motif raisonnable. Lorsque la société détermine qu’il existe un motif raisonnable de soupçonner qu’un employé consomme de l’alcool ou de la drogue ou est en possession d’alcool ou de drogue en contravention de la présente politique, le test de dépistage sera effectué. La décision de faire subir un test à un employé est prise par un superviseur, conjointement avec une deuxième personne (p. ex, un autre superviseur ou un agent de sécurité) dans la mesure du possible. La décision sera fondée sur des observations précises, personnelles et documentées découlant, entre autres :

- de la consommation observée ou de la preuve de la consommation d’une substance (p. ex. odeur d’alcool);
- du comportement erratique ou atypique de l’employé;
- des changements dans l’apparence physique de l’employé;
- des changements dans le comportement de l’employé;
- des changements dans la façon de s’exprimer de l’employé. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 75-76.]

[85] En revanche, le volet aléatoire de la politique portait *uniquement* sur les tests de dépistage d’alcool, et c’est *ce* volet de la politique — et uniquement ce volet — qui fait l’objet du présent grief :

Random Testing: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subjected to unannounced random tests for alcohol. In addition, applicants to a Safety Sensitive Position must pass an alcohol and/or drug test before entry to the position or re-entry to the position where they have participated in a treatment program. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 76.]

It bears noting the language for each of these three provisions is similar to those used in other drug and alcohol testing policies.

[86] Turning to the first distinction mentioned above, between drug and alcohol testing, the cases recognize that testing for alcohol “stand[s] on a different footing” from testing for drugs (*Entrop*, at para. 106).² For example, alcohol tests are usually conducted with a breathalyser, which provides an immediate result concerning present alcohol impairment in a minimally invasive manner. Though drug testing technology has advanced, it does not provide an immediate detection of drug impairment, which may affect the determination of whether it is reasonably necessary to ensure safety in the workplace (*Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668, at para. 61).

² While *Entrop* was decided in the context of a non-unionized workplace under human rights legislation, it remains relevant to any analysis concerning the reasonableness of drug and alcohol testing policies. Indeed, the board here relied on *Entrop* in assessing the invasiveness of the breathalyser test (para. 116). Whether an arbitrator applies the test developed by this Court for the human rights context in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), or traditional labour relations law and the *KVP* test, at bottom, the inquiry in both cases is concerned with the reasonableness of the company policy. In some provinces, arbitrators may adjudicate grievances challenging these policies under both *KVP* and *Meiorin* and we have difficulty accepting that a policy would fail under one test but pass muster under the other. See, e.g., *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).

[TRADUCTION] Tests aléatoires : Les employés occupant un poste à risque devront subir sans préavis des tests aléatoires de dépistage d’alcool. De plus, les candidats à un poste à risque devront subir un test de dépistage d’alcool et/ou de drogue avant leur entrée en fonction ou avant leur retour après avoir suivi un traitement. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 76.]

Il convient de souligner que le libellé de chacune de ces trois dispositions est semblable à celui utilisé dans d’autres politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool.

[86] S’agissant de la première distinction mentionnée précédemment — soit celle entre les tests de dépistage de drogue, d’une part, et d’alcool, d’autre part —, la jurisprudence reconnaît que les tests de dépistage d’alcool [TRADUCTION] « sont différents » des tests de dépistage de drogue (*Entrop*, par. 106)². Par exemple, les premiers sont généralement réalisés au moyen d’un éthylomètre, qui permet de savoir immédiatement, de la manière la moins attentatoire possible, si l’employé a les facultés affaiblies par l’alcool. Bien que la technologie utilisée pour faire les tests de dépistage de drogue ait progressé, elle ne permet toujours pas de détecter immédiatement si l’employé est intoxiqué par une drogue, ce qui peut influencer sur la question de savoir si un tel test est raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité du lieu de travail (*Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668, par. 61).

² Bien que l’arrêt *Entrop* ait été décidé dans le contexte d’un milieu de travail non syndiqué en vertu de la législation sur les droits de la personne, il demeure pertinent à l’analyse de la raisonabilité des politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool. En effet, le conseil en l’espèce s’est fondé sur l’arrêt *Entrop* pour évaluer le caractère attentatoire de l’éthylométrie (par. 116). Que l’arbitre applique le critère élaboré par la Cour dans le contexte des droits de la personne dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), ou les lois traditionnelles en matière de relations de travail et le critère énoncé dans la sentence arbitrale *KVP*, au fond, l’examen dans les deux cas porte sur la raisonabilité de la politique de la société. Dans certaines provinces, les arbitres peuvent arbitrer des griefs contestant ces politiques tant sur le fondement de la sentence arbitrale *KVP* que sur la décision *Meiorin*, et nous avons de la difficulté à accepter qu’une politique serait annulée en vertu d’un critère, mais jugée acceptable en vertu de l’autre. Voir, p. ex., *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, al. 48(12)(j).

[87] In light of the distinction found in the arbitral cases between drug and alcohol testing, we do not view the decision in *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (M. Picher) (“*Nanticoke*”), as conclusively shaping the range of reasonable outcomes in this case (board’s reasons, at paras. 30-33). *Nanticoke* decided only the issue of a random *drug* testing policy and must be seen in that context. Both the reasons of the arbitral board and the Court of Appeal for Ontario in *Nanticoke* make that abundantly clear. See *Nanticoke*, at paras. 112-13: “The Company reasons that the oral fluid drug test which it now administers is fully analogous to the breathalyser test . . . [but the board concludes that] the buccal swab [drug] test does not equate to the breathalyser” (emphasis added); *Imperial Oil*, at para. 47: “. . . both sides placed considerable reliance on . . . an established body of arbitral case law that directly concerned the subject matter of the Board hearing — random drug testing in the workplace” (emphasis added). Indeed, Arbitrator Picher’s comments in *Nanticoke* are properly read as being confined to random *drug* testing:

It may well be that the balancing of interests approach, which we favour, would allow for general random, unannounced drug testing in some extreme circumstances. If, for example, an employer could marshal evidence which compellingly demonstrates an out-of-control drug culture taking hold in a safety sensitive workplace, such a measure might well be shown to be necessary for a time to ensure workplace safety. [Emphasis added; para. 127.]

[88] More problematically, the *Nanticoke* arbitral reasons, as the board in this very case noted, are self-contradictory and, further still, are out of step with the more recent arbitral jurisprudence to the extent they speak to random *alcohol* testing. The board here provided a reasonable — indeed, a convincing — explanation for declining to follow *Nanticoke* to

[87] Compte tenu de la distinction établie dans la jurisprudence arbitrale entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d’alcool, nous ne croyons pas que la sentence arbitrale *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (M. Picher) (« *Nanticoke* »), détermine de façon concluante les issues raisonnables possibles en l’espèce (motifs du conseil, par. 30-33). *Nanticoke* ne s’est prononcé que sur la contestation d’une politique de tests aléatoires de dépistage de *drogue* et doit être interprétée dans ce contexte. Tant les motifs du conseil d’arbitrage que ceux de la Cour d’appel de l’Ontario dans cette affaire le précisent très clairement. Voir *Nanticoke*, par. 112-113 : [TRADUCTION] « La société estime que le test de dépistage de drogue par voie orale qu’elle effectue désormais est parfaitement analogue à l’éthylométrie [. . .] [mais le conseil conclut que] le test de dépistage [de drogue] par écouvillon n’équivaut pas à l’éthylomètre » (nous soulignons); *Imperial Oil*, par. 47 : [TRADUCTION] « . . . les deux parties se sont fondées essentiellement sur [. . .] un ensemble établi de sentences arbitrales portant directement sur la question visée à l’audience du conseil — les tests aléatoires de dépistage de drogue en milieu de travail » (nous soulignons). En effet, les propos de l’arbitre Picher dans *Nanticoke* sont interprétés à juste titre comme ne se rapportant qu’aux tests aléatoires de dépistage de *drogue* :

[TRADUCTION] Il se peut très bien que la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, que nous privilégions, permettrait l’application généralisée et sans préavis de tests aléatoires de dépistage de drogue dans certaines circonstances extrêmes. Par exemple, si l’employeur peut démontrer de manière convaincante qu’une culture de toxicomanie débridée est en train d’envahir le lieu de travail à risque, pareille mesure pourrait bien se révéler nécessaire pour un certain temps afin d’assurer la sécurité en milieu de travail. [Nous soulignons; par. 127.]

[88] Fait encore plus préoccupant, les motifs de l’arbitre dans *Nanticoke*, comme le conseil l’a souligné en l’espèce, sont contradictoires en soi et, qui plus est, ne sont pas conformes à la jurisprudence arbitrale plus récente dans la mesure où ils visent les tests aléatoires de dépistage d’*alcool*. En l’espèce, le conseil a expliqué de manière raisonnable — et

the extent it discussed random alcohol testing. See, e.g., board's reasons, at para. 55: "... I cannot accept [*Nanticoke*] as correct [because] I believe it to be mistaken in principle"; at para. 57: "I also have to note that *Nanticoke* itself is not thoroughgoing in following its own model"; at para. 61: "... I would question [the *Nanticoke* model's] value as an explanatory mechanism with respect to this board's issue"; and, at para. 69: "... I would not accept the first element of the [*Nanticoke*] model [that unannounced random testing is prohibited, save as part of an agreed rehabilitative program] when it comes to random alcohol tests" (emphasis added). Thus, like the board in this case, we think that *Nanticoke* is of limited utility.

[89] Turning then to the second distinction mentioned above, between reasonable cause and post-incident testing, on the one hand, and random testing, on the other, the arbitral jurisprudence recognizes "significant differences between the principles" applicable to these two types of testing (*Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL) (Hope), at para. 36). In the context of certain safety-sensitive positions, for example, arbitrators have required some evidence of drug or alcohol use in the workplace in order to justify a random testing policy, but have *not* required such evidence where testing was based on reasonable cause or a workplace incident. See, e.g., *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263 (Freedman): "Evidence of a problem may be necessary to support a policy of random testing, but I do not think it is necessary to support a [reasonable cause] policy such as here" (p. 284); *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor): "... where safety is clearly a justifiable concern ... [an employer] does not have to prove the existence of a drug and alcohol problem as a precondition to the introduction [of a reasonable cause or post-incident testing policy]" (p. 108); *GTAA*: "While a different approach has

convaincante — pourquoi il a refusé de se conformer aux passages de *Nanticoke* portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool. Voir, p. ex., les motifs du conseil, par. 55 : [TRADUCTION] « ... je ne saurais affirmer que [la sentence arbitrale *Nanticoke*] est bien fondée [parce que] j'estime qu'elle est erronée en principe »; par. 57 : « Je dois également souligner que cette sentence elle-même ne suit pas véritablement son propre modèle »; par. 61 : « ... je mettrais en doute la valeur [du modèle de *Nanticoke*] à titre de mécanisme explicatif à l'égard de la question à trancher en l'espèce »; et par. 69 : « ... je n'accepterais pas le premier élément du modèle [de *Nanticoke*] [selon lequel les tests sans préavis et aléatoires de dépistage sont interdits, sauf dans le cadre d'un programme de réhabilitation convenu] en ce qui concerne les tests aléatoires de dépistage d'alcool » (nous soulignons). Ainsi, comme le conseil en l'espèce, nous estimons que l'utilité de la sentence arbitrale *Nanticoke* est limitée.

[89] S'agissant maintenant de la deuxième distinction mentionnée précédemment entre les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident, d'une part, et les tests aléatoires de dépistage, d'autre part, la jurisprudence arbitrale reconnaît qu'il existe [TRADUCTION] « des différences importantes entre les principes » qui s'y appliquent (*Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL) (Hope), par. 36). Dans le contexte de certains postes à risque, par exemple, les arbitres ont exigé que les employeurs fassent la preuve d'indices de consommation de drogue ou d'alcool sur le lieu de travail afin de justifier leur politique de tests aléatoires de dépistage, mais n'ont *pas* exigé qu'ils en fassent la preuve lorsque les tests étaient réalisés pour un motif raisonnable ou après un incident de travail. Voir, p. ex., *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263 (Freedman) : [TRADUCTION] « Il peut être nécessaire de démontrer l'existence d'un problème pour justifier une politique de tests aléatoires de dépistage, mais je ne crois pas que cela soit nécessaire pour justifier une politique [fondée sur un motif raisonnable] comme en l'espèce » (p. 284); *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor) : [TRADUCTION] « ... lorsque la sécurité est manifestement une

been adopted in cases involving random testing, . . . in respect of reasonable cause and post-accident/incident testing, . . . an employer need not demonstrate a history of substance abuse in the workplace . . .” (para. 221).

[90] In sum, care must be taken to identify the appropriate test in the arbitral jurisprudence. The cases illustrate that there is a difference between how arbitral boards have assessed a random testing policy and one based on reasonable cause, and a difference between testing for drugs and testing for alcohol. We thus avoid reliance on cases not directly applicable in the context of a challenge to a random alcohol testing policy. *Fording Coal* “[did] not involve random testing” at all (para. 40), and the same is true for the decisions in *Rio Tinto* and *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers’ Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL) (Springate). The grievance in *Trimac* concerned only “mandatory random drug testing”, not random alcohol testing (p. 276 (emphasis added)). These cases must be put in their proper context — and that is not the context of this case.

(2) The Arbitral Consensus on Random Alcohol Testing

[91] Having established the importance of identifying the relevant arbitral consensus, we turn now to an examination of the cases concerning the legal

préoccupation justifiable [. . .] [l’employeur] n’est pas tenu de prouver au préalable l’existence d’un problème de drogue ou d’alcool pour introduire [une politique de tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident] » (p. 108); *GTAA* : [TRADUCTION] « Bien qu’une méthode différente ait été adoptée dans les affaires portant sur des tests aléatoires de dépistage, [. . .] s’agissant des tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-accident/incident, [. . .] l’employeur n’est pas tenu de démontrer un passé de consommation de drogues ou d’alcool sur le lieu de travail . . . » (par. 221).

[90] En somme, il faut prendre soin d’identifier le critère applicable parmi ceux élaborés par la jurisprudence arbitrale. Les décisions illustrent qu’il y a une différence entre la façon dont les conseils d’arbitrage ont évalué les politiques de tests aléatoires de dépistage et celles fondées sur un motif raisonnable ainsi qu’entre les tests de dépistage de drogue, d’une part, et d’alcool, d’autre part. Par conséquent, nous éviterons de nous fonder sur des décisions qui ne s’appliquent pas directement dans le contexte de la contestation d’une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. La sentence arbitrale *Fording Coal* [TRADUCTION] « ne concernait [d’aucune manière] des tests aléatoires de dépistage » (par. 40), et il en est de même pour les décisions *Rio Tinto* et *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers’ Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL) (Springate). Dans *Trimac*, le grief portait uniquement sur [TRADUCTION] « des tests obligatoires et aléatoires de dépistage de drogue », et non sur des tests aléatoires de dépistage d’alcool (p. 276 (nous soulignons)). Ces décisions doivent être replacées dans leur propre contexte — et ce n’est pas le contexte de l’espèce.

(2) Le consensus arbitral sur les tests aléatoires de dépistage d’alcool

[91] Ayant établi l’importance d’identifier le consensus arbitral applicable, nous nous penchons maintenant sur l’examen des décisions portant sur

test for random alcohol testing policies. While the general principles emerging from the broader arbitral jurisprudence may assist in situating random alcohol testing in the wider context, it is these cases that shape the contours of what is a reasonable outcome in the context of this case.

[92] We are aware of two arbitral decisions, *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000, unreported (Christian) (“*Strathcona*”), and *GTAA*, in which an arbitrator found a random alcohol testing policy to satisfy the demands of *KVP* reasonableness. In both cases, the arbitrators accepted that the policies applied to what were legitimately safety-sensitive positions. In both cases, the employer used breathalyser tests, with a 0.04 percent blood alcohol concentration level, which the arbitrators accepted as the least intrusive means of identifying present intoxication. The key question for our purposes is the threshold of evidence that the employer was required to introduce in order to meet its burden to demonstrate *KVP* reasonableness.

[93] Before reviewing the two random alcohol testing awards, however, a preliminary observation is warranted. The standard applied in both *Strathcona* and *GTAA* is the progeny of earlier jurisprudence in *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412 (Brent) (“*Truck Transporters*”), that drew a distinction between testing where there was “reason to demand a test” (which we would understand today as including reasonable cause or post-incident testing) and otherwise “mandatory universal testing” (which we would understand as including random testing) (p. 425). In *Truck Transporters*, the company sought to justify a policy of mandatory drug and alcohol tests of its drivers. The board was of the view that

le critère juridique applicable à l’examen des politiques de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Bien que les principes généraux découlant d’un plus large éventail de sentences arbitrales puissent s’avérer utiles pour situer les tests aléatoires de dépistage d’alcool dans un contexte plus général, ce sont les décisions portant sur la situation précise en cause en l’espèce qui déterminent en quoi consiste une issue raisonnable dans le contexte de l’espèce.

[92] Nous connaissons deux décisions arbitrales, *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, 27 mai 2000 (jugement non-publié) (Christian) (« *Strathcona* »), et *GTAA*, dans lesquelles l’arbitre a conclu que la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool répondait aux exigences énoncées dans *KVP* quant à la raisonabilité. Dans les deux décisions, les arbitres ont accepté que les politiques s’appliquent à des postes qui étaient légitimement qualifiés d’à risque. Dans les deux décisions aussi, l’employeur a utilisé l’éthylométrie, avec un taux d’alcoolémie de 0,04 pour 100, reconnue par les arbitres comme le moyen le moins attentatoire possible pour déceler les cas d’intoxication. La question clé aux fins du présent pourvoi est le seuil de preuve que l’employeur était tenu de présenter afin de s’acquitter de son fardeau de démontrer la raisonabilité au sens de *KVP*.

[93] Toutefois, avant d’examiner les deux décisions portant sur les tests aléatoires de dépistage d’alcool, nous aimerions faire une remarque préliminaire. La norme appliquée dans *Strathcona* et *GTAA* est issue de la sentence arbitrale antérieure *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412 (Brent) (« *Truck Transporters* »). Cette sentence a établi une distinction entre les tests lorsqu’il existait une [TRADUCTION] « raison d’exiger un test » (que nous considérerions aujourd’hui comme englobant les tests réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident) et les tests qualifiés de « dépistage universel obligatoire » (que nous considérerions comme englobant les tests aléatoires de dépistage) (p. 425). Dans *Truck Transporters*, la société cherchait à justifier une politique de tests obligatoires de dépistage de drogue et d’alcool applicable à ses conducteurs. Le conseil était d’avis que

[i]f mandatory universal testing is to be justified, absent a specific term allowing it, then there should at least be evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace which cannot be combated in some less invasive way. [Emphasis added; p. 425.]

[94] The first random alcohol testing case to adopt the *Truck Transporters* standard came three years later in *Esso Petroleum*. There, Arbitrator McAlpine, borrowing the precise language of *Truck Transporters*, was of the view that the employer had to establish “evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace” as part of what was then emerging as the balancing of interests test (para. 104 (emphasis added)). On the facts presented to the board, Arbitrator McAlpine noted that “there have been no reported incidents at [the facility] involving drugs and alcohol”, “no report of employees reporting for work impaired”, “no safety violations involving drugs or alcohol”, and “no accidents where drug[s] and alcohol were suspected” (para. 151). In short, the company had provided no evidence whatsoever, and its random alcohol testing policy was thus unreasonable.

[95] Turning then to the cases where a random alcohol testing policy was upheld as reasonable, in *Strathcona*, the earlier of the two decisions, the testing policy concerned employees at an Imperial Oil refining facility, much like *Esso Petroleum*. After a thorough review of the arbitral cases, including quotation from the *Truck Transporters* language mentioned above (at p. 69), the board concluded that the appropriate evidentiary threshold was as follows:

The question is whether there is evidence upon which the Employer could rationally conclude that alcohol and drug

[TRADUCTION] [s]i le dépistage universel obligatoire doit être justifié, en l’absence d’une clause précise le permettant, il devrait au moins y avoir des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail qui ne peut être réglé d’une manière moins attentatoire. [Nous soulignons; p. 425.]

[94] La première décision en matière de tests aléatoires de dépistage d’alcool à adopter la norme élaborée dans *Truck Transporters* a été rendue trois ans plus tard dans *Esso Petroleum*. Dans cette affaire, l’arbitre McAlpine, empruntant les termes précis de la décision *Truck Transporters*, était d’avis que l’employeur devait fournir [TRADUCTION] « des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail » dans le cadre de ce qui se dégageait à l’époque comme le critère de la mise en balance des intérêts (par. 104 (nous soulignons)). Au vu des faits présentés au conseil, l’arbitre McAlpine a souligné qu’« aucun incident attribuable à la consommation de drogue ou d’alcool n’a été rapporté [dans les locaux de la société] », « aucun rapport d’employés se présentant au travail avec facultés affaiblies n’a été dressé », « aucune violation de la sécurité impliquant des drogues ou de l’alcool n’a été constatée » et « aucun accident où les employés étaient soupçonnés d’avoir consommé de la drogue ou de l’alcool n’a eu lieu » (par. 151). En somme, la société n’avait fourni aucune preuve, et sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool a donc été jugée déraisonnable.

[95] Penchons-nous maintenant sur les décisions où la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool a été jugée raisonnable. Dans *Strathcona*, la première des deux décisions, la politique de tests de dépistage visait les employés d’une raffinerie d’Imperial Oil, tout comme dans *Esso Petroleum*. Après un examen rigoureux de la jurisprudence arbitrale — qui comprenait une citation des termes mentionnés précédemment de la sentence *Truck Transporters* (p. 69) — le conseil a conclu que le seuil de preuve applicable était le suivant :

[TRADUCTION] La question est celle de savoir s’il y a des indices permettant à l’employeur de conclure

use might cause catastrophic damage at the Strathcona Refinery. [Emphasis added; p. 73.]

The board relied on two sets of evidence. First, it looked to a national employee survey conducted by an independent party on behalf of the employer. Actual workplace accidents in which an employee's own use of "alcohol, medications or street drugs" was thought to be a contributing factor were reported by 0.5 percent of employees and a further 1.7 percent reported it being a factor in "near misses", in each case in the 12 months prior to the survey (p. 56). The board inferred alcohol use at the Strathcona facility based on the representativeness of the survey (p. 59). That data, in the board's view, "provide[d] a rational and sufficient foundation" of "a problem or potential problem which justifies the Employer in implementing a [random alcohol testing] process" (p. 73). Second, the board noted that there was evidence of one worker who was at the workplace while intoxicated. The board observed that such a "real case" might even be said to "provid[e] the best evidence of a problem at the Strathcona Refinery, and the need for, and effectiveness of, the Policy" (p. 74 (emphasis added)).

[96] In *GTAA*, the more recent case, the random alcohol testing policy concerned employees involved with the ground operations at Pearson International Airport in Toronto. After surveying prior arbitral decisions, including *Truck Transporters* (at para. 251) and *Esso Petroleum* (at para. 252), Arbitrator Devlin concluded that, "in cases involving random testing, Arbitrators have required evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace" (para. 254 (emphasis added)), thus echoing the precise language of the earlier decisions. He heard testimony that employees "consumed alcohol at work or during meal breaks", that management had "frequently found empty beer or

rationnellement que la consommation d'alcool et de drogue pourrait causer des dommages catastrophiques à la raffinerie Strathcona. [Nous soulignons; p. 73.]

Le conseil s'est fondé sur deux ensembles de preuve. Premièrement, il s'est appuyé sur un sondage national effectué auprès des employés par un tiers indépendant au nom de l'employeur. Dans ce sondage, 0,5 pour 100 des employés ont rapporté avoir été à l'origine d'accidents de travail attribuables selon eux à leur consommation « d'alcool, de médicaments ou de drogues illicites », et un autre 1,7 pour 100 a rapporté que cette consommation avait failli entraîner des accidents « évités de justesse » (p. 56). Dans les deux cas, ces accidents — réels ou évités de justesse — sont survenus au cours des 12 mois précédant le sondage (p. 56). Sur le fondement de la représentativité du sondage, le conseil a déduit que des employés consommaient de l'alcool à la raffinerie Strathcona (p. 59). Selon le conseil, les résultats du sondage « constitu[ai]ent un fondement rationnel suffisant » qui démontre l'existence d'« un problème — réel ou éventuel — autorisant l'employeur à mettre en œuvre un processus [de tests aléatoires de dépistage d'alcool] » (p. 73). Deuxièmement, le conseil a souligné que, selon certains indices, un des travailleurs s'était déjà présenté sur le lieu de travail alors qu'il était intoxiqué. Pour le conseil, on pourrait même dire qu'un cas aussi « réel » « fournit les meilleurs indices révélant un problème à la raffinerie Strathcona et démontre la nécessité et l'efficacité de la politique » (p. 74 (nous soulignons)).

[96] Dans l'affaire *GTAA*, la décision plus récente, la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool visait des employés dirigeant les opérations au sol à l'aéroport international Pearson, à Toronto. Après avoir examiné les décisions arbitrales antérieures, dont *Truck Transporters* (par. 251) et *Esso Petroleum* (par. 252), l'arbitre Devlin a conclu que, [TRADUCTION] « dans des affaires portant sur des tests aléatoires de dépistage, les arbitres exigent des indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool ou de drogue en milieu de travail » (par. 254 (nous soulignons)), reprenant ainsi les termes précis des décisions antérieures. Un témoin a indiqué que des employés « consommaient

alcohol bottles in vehicles or in the garbage”, and that “on a few occasions, employees took beer into snow-clearing equipment” (para. 256). The arbitrator ultimately concluded the testimony of alcohol use represented evidence of “a far more pervasive problem” (para. 262).

[97] Taking these cases together, what emerges is an arbitral consensus that an employer must demonstrate *evidence of an alcohol problem in the workplace* in order to justify a random alcohol testing policy. That is the evidentiary threshold accepted by arbitrators who have upheld such policies (*Strathcona, GTAA*) and those who have struck them down (*Esso Petroleum*). Thus, barring some explanation, whether implicit or explicit, for its basis for departing from it, *that* is the evidentiary threshold the Union, management, and this Court should be able to presume the board in this case applied. But as we explain next, that is not what the board did.

D. *The Arbitral Board’s Departure From the Arbitral Consensus*

[98] The board in this case was well aware of the relevant arbitral jurisprudence. As we noted earlier, it reviewed the decision in *Nanticoke* and reasoned — compellingly in our view — that it was not helpful in the present case (para. 61). The board then proceeded to review both *Strathcona* and *GTAA*, including quoting from the same passages we cite above, and concluded:

[These cases] demonstrate a fact finding process centred on risk in the particular workplace and the means adopted to address it, and, balancing the interests involved, move to a conclusion. Where the evidence supports the need for such a policy and the balancing of interests warrants it, the employer’s policy prevails; where it doesn’t, the employee’s right to privacy carries the day. [Emphasis added; para. 69.]

de l’alcool au travail ou durant les périodes de repas », que la direction avait « souvent trouvé des bouteilles de bière ou d’alcool vides dans des véhicules ou dans les poubelles » et qu’« à quelques reprises, des employés ont apporté de la bière dans les véhicules de déneigement » (par. 256). L’arbitre a finalement conclu que ce témoignage démontrait un « problème beaucoup plus répandu » (par. 262).

[97] Si on tient compte de ces deux décisions, le constat qui se dégage est qu’il existe un consensus arbitral selon lequel un employeur doit fournir des *indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool en milieu de travail* pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Il s’agit du seuil de preuve accepté par les arbitres qui ont confirmé ces politiques (*Strathcona, GTAA*) et par ceux qui les ont annulées (*Esso Petroleum*). Ainsi, comme le conseil n’a pas expliqué, implicitement ou explicitement, pourquoi il a fait abstraction de ce seuil, le syndicat, la direction et la Cour devraient pouvoir présumer que *ce* seuil de preuve est celui qu’il a appliqué en l’espèce. Mais, comme nous l’expliquerons, ce n’est pas ce qu’a fait le conseil.

D. *La dérogation du conseil d’arbitrage au consensus arbitral*

[98] En l’espèce, le conseil connaissait bien la jurisprudence arbitrale applicable. Comme nous l’avons déjà dit, il a examiné la décision *Nanticoke* et a conclu — de façon convaincante, à notre avis — qu’elle n’était pas utile en l’espèce (par. 61). Le conseil a ensuite procédé à l’analyse des décisions *Strathcona* et *GTAA*, citant les mêmes passages que nous avons cités précédemment, et a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] [Ces décisions] qui font état d’un processus de recherche des faits centré sur les risques dans le lieu de travail précis et les moyens adoptés pour les éviter, d’une part, et la mise en balance des intérêts visés, d’autre part, mènent à une conclusion. Lorsque des indices démontrent la nécessité d’une telle politique et que la mise en balance des intérêts la justifie, la politique de l’employeur prévaut; dans le cas contraire, le droit de l’employé à la protection de sa vie privée l’emporte. [Nous soulignons; par. 69.]

The board also noted, referring to the earlier cases:

There are numerous statements in the cases to the effect that an employer, to be successful, must lead evidence of a problem existing in its own workplace, but as a general statement I think this is somewhat overbroad. Evidence of risk may be available from the nature of the industry itself. The cases recognize a lighter burden of justification on an employer engaged in the operation of an ultra-hazardous endeavour. [Emphasis added; para. 75.]

[99] As a preliminary matter, we note the board's reference to an "ultra-hazardous endeavour" comes from remarks in Arbitrator Picher's decision in *C.N.R.*, a leading case that concerned reasonable cause and post-incident testing (see *C.N.R.*, at pp. 377-78). The board here appeared willing to depart from the arbitral consensus such that the lower evidentiary requirement could be applied to random testing cases, but ultimately concluded that the Irving mill did not fit into that category of facilities recognized in *C.N.R.* (para. 103). According to the jurisprudence, Irving thus had to lead *some* evidence of an alcohol problem at the mill in order to establish the reasonableness of its policy.

[100] We would not impugn the board's finding as to the level of dangerousness of the mill and the requirement flowing from that finding that Irving had to lead evidence of alcohol use. While the respondent made much of the board's conclusion in this regard, in our view, nothing in this case turns on whether the Irving mill was "ultra-hazardous" (whatever that may mean) or not because, as we will explain, the board departed from the consensus evidentiary standard after it concluded that some evidence was required. That unreasonable finding is sufficient to decide this case.

Le conseil a également souligné ce qui suit, renvoyant aux décisions antérieures :

Dans leurs sentences, les arbitres ont indiqué à maintes reprises que l'employeur, pour avoir gain de cause, doit fournir des indices révélant l'existence d'un problème dans son propre lieu de travail, mais, en général, j'estime que cela est quelque peu excessif. Le risque peut ressortir de la nature même de l'industrie. Les décisions reconnaissent que le fardeau de justification est moins lourd pour l'employeur qui exploite une entreprise ultra-dangereuse. [Nous soulignons; par. 75.]

[99] À titre préliminaire, nous remarquons que la référence du conseil à une [TRADUCTION] « entreprise ultra-dangereuse » est inspirée de remarques formulées par l'arbitre Picher dans la sentence arbitrale *C.N.R.*, une décision de principe qui portait sur des tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident (voir *C.N.R.*, p. 377-378). En l'espèce, le conseil semblait disposé, au départ, à faire abstraction du consensus arbitral pour faire en sorte qu'une norme de preuve moins stricte puisse s'appliquer aux décisions en matière de tests aléatoires de dépistage. Or, il a conclu en définitive que l'usine Irving ne répondait pas à cette catégorie d'établissements reconnue dans *C.N.R.* (par. 103). Suivant la jurisprudence, Irving devait donc fournir *des* indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool à l'usine afin d'établir la raisonabilité de sa politique.

[100] Nous ne porterons pas de jugement sur la conclusion du conseil quant au niveau de dangerosité de l'usine et à l'exigence en découlant selon laquelle Irving devait fournir des indices démontrant que certains de ses employés consommaient de l'alcool. Bien que la défenderesse ait fait grand cas de la conclusion du conseil à cet égard, nous sommes d'avis que rien en l'espèce ne repose sur la question de savoir si l'usine Irving était « ultra-dangereuse » (quel que soit le sens de cette expression) parce que, comme nous l'expliquerons, le conseil a fait abstraction de la norme de preuve établie par les arbitres et ce, après avoir conclu que des indices de consommation d'alcool étaient nécessaires. Cette conclusion déraisonnable est suffisante en soi pour trancher le présent pourvoi.

[101] In any event, as we explained earlier in these reasons, we know of no case in which an arbitral board has approved of random alcohol testing absent *some* evidence of alcohol use (see, e.g., *Strathcona* and *GTAA*). That fact, while not dispositive, at minimum shapes the range of reasonable outcomes in this case. Of course, an arbitral board in some future case may think it reasonable to adopt the principles in *C.N.R.* in order to conclude that no evidence is required to justify random alcohol testing in the context of a particular dangerous environment. We, however, have no occasion to go that far in this case. Our focus is not the rule emerging from the arbitral jurisprudence, which we accept as reasonable for present purposes, but rather an outcome that unreasonably departs from it.

[102] Turning then to evidence introduced in this case, Irving relied on the testimony of Leo Moorehouse, who served as industrial relations superintendent at the mill from 1987 to 2008, and an exhibit provided by the company listing specific incidents of employee intoxication or alcohol consumption at the mill. The exhibit listed seven instances, dating from April 29, 1991, through January 11, 2006 — the last, we hasten to add, being a mere three weeks before the policy’s implementation — where employees identified by name were variously “under the influence of alcohol, consuming and in possession of alcohol on company premises”, “under the influence of alcohol while at work”, and “consuming alcohol on company premises” (A.R., vol. II, at p. 121). Mr. Moorehouse testified that the exhibit was “by no means an exhaustive list” and that he had “witnessed [alcohol use at the mill] on a lot of occasions” (board’s reasons, at para. 107).

[103] The board found Mr. Moorehouse’s testimony “not persuasive”, but it did think that the exhibit was “more helpful” in assessing the

[101] Quoi qu’il en soit, comme nous l’avons déjà expliqué dans les présents motifs, nous ne connaissons aucune décision par laquelle un conseil d’arbitrage aurait approuvé des tests aléatoires de dépistage d’alcool en l’absence d’indices *quelconques* démontrant un problème de consommation d’alcool (voir, p. ex., *Strathcona* et *GTAA*). Bien qu’il ne soit pas déterminant, ce fait détermine à tout le moins l’éventail des issues raisonnables possibles en l’espèce. Bien entendu, dans une affaire ultérieure, le conseil d’arbitrage peut estimer qu’il est raisonnable d’adopter les principes énoncés dans *C.N.R.* afin de conclure qu’aucun élément de preuve n’est nécessaire pour justifier les tests aléatoires de dépistage d’alcool dans le contexte d’un environnement particulièrement dangereux. Toutefois, nous n’avons aucune raison d’aller aussi loin en l’espèce. Ce qui nous importe, ce n’est pas la règle découlant de la jurisprudence arbitrale, qui est raisonnable selon nous aux fins du présent pourvoi, mais plutôt la conclusion qui en fait déraisonnablement abstraction.

[102] S’agissant maintenant de la preuve présentée en l’espèce, Irving s’est fondée à la fois sur le témoignage de Leo Moorehouse, directeur des relations industrielles à l’usine de 1987 à 2008, et sur un document fourni par la société et énumérant des incidents précis attribuables à l’intoxication ou à la consommation d’alcool par des employés à l’usine. Le document énumérait sept événements, s’étant déroulé entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006 — dont le dernier, nous nous empressons de le préciser, a eu lieu seulement trois semaines avant la mise en œuvre de la politique — où les employés identifiés par leur nom avaient soit [TRADUCTION] « été sous l’influence de l’alcool, consommé de l’alcool et été en possession d’alcool sur les lieux de travail », « été sous l’influence de l’alcool au travail », soit « consommé de l’alcool sur les lieux de travail » (d.a., vol. II, p. 121). M. Moorehouse a déclaré que le document n’était [TRADUCTION] « en aucun cas une liste exhaustive » et qu’il avait été « témoin [de consommation d’alcool à l’usine] à de nombreuses reprises » (motifs du conseil, par. 107).

[103] Le conseil a estimé que le témoignage de M. Moorehouse n’était [TRADUCTION] « pas convaincant », mais était d’avis que le document était

evidence of alcohol use at the mill (para. 108). The board then concluded:

This evidence is not to be dismissed, and I do not do so, but it cannot be said to be indicative of a significant problem with alcohol-related impaired performance at the plant. As well, such as it is, it is not tied in with what the actual experience has been in this plant, with accident, injury and near-miss history, and with what group or groups of employees. I therefore have no idea of what the elements of any such record are; still less whether any lapses have been causally linked to the abuse of alcohol. [Emphasis added; para. 109.]

We note that though the phrase “significant problem with alcohol-related impaired performance” was used in the board’s final reasons, the draft reasons employ the phrase “serious problem with alcohol abuse” in the very same paragraph (A.R., vol. I, at p. 68 (emphasis added)). The language in the paragraph is otherwise identical between the draft and final reasons, and we do not know what led to the revision. Both the draft and final reasons are included in the appellant’s record before this Court and both versions are signed and dated.

[104] Two issues become immediately apparent from the board’s conclusion as to the evidence. First, the standard it applied was one of “significant problem” (based on the final version of the reasons) or a “serious problem” (based on the draft). In either case, as we have just discussed, that is not the standard reflecting the arbitral consensus for justification of a random alcohol testing policy. In none of the cases of which we are aware, whether those that upheld such policies or those that set them aside, have we seen language requiring evidence of a “significant” or “serious” problem. Rather, the standard has been that of evidence of *a* problem. The difference between the two approaches is obviously a marked one and it cannot be ignored.

« plus utile » pour évaluer la preuve d’un problème d’alcool à l’usine (par. 108). Le conseil a ensuite conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Cet élément de preuve ne doit pas être rejeté, et je m’abstiendrai de le faire, mais on ne saurait affirmer qu’il témoigne d’un problème important relatif à des employés qui se présentent à l’usine avec les capacités affaiblies par l’alcool. De plus, tel qu’il est, il n’est pas lié à l’expérience vécue dans cette usine, c’est-à-dire aux accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse — et au groupe ou groupes d’employés. Par conséquent, je n’ai aucune idée d’en quoi consiste les éléments de ce document; encore moins si toute inconduite a un lien de causalité avec la consommation d’alcool. [Nous soulignons; par. 109.]

Nous remarquons que bien que la phrase « un problème important relatif à des employés qui se présentent à l’usine avec les capacités affaiblies par l’alcool » ait été utilisée dans les motifs définitifs du conseil, le projet de motifs faisait plutôt référence dans ce paragraphe à « un problème grave d’abus d’alcool » (d.a., vol. I, p. 68 (nous soulignons)). Le libellé du paragraphe est par ailleurs identique entre le projet de motifs et les motifs finaux, et nous ne savons pas ce qui a mené à la révision. Ces deux versions des motifs sont incluses dans le dossier de l’appelant dont nous disposons et elles sont toutes deux signées et datées.

[104] Deux questions ressortent immédiatement de la conclusion du conseil quant à la preuve. Premièrement, la norme qu’il a appliquée était celle d’un « problème important » (selon la version finale des motifs) ou d’un « problème grave » (selon le projet). Dans les deux cas, comme nous venons d’en discuter, cette norme n’est pas celle qui se dégage du consensus arbitral permettant à l’employeur de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Dans aucune des décisions dont nous avons connaissance, que ce soit celles qui ont confirmé ces politiques ou celles qui les ont annulées, n’avons-nous vu l’obligation de démontrer l’existence d’un problème « important » ou « grave ». Au contraire, la norme applicable a été celle de la preuve d’indices d’un problème. La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée.

[105] Second, the board required that the evidence of alcohol use be “tied” or “causally linked” to “accident, injury and near-miss history” at the plant. Again, there is no support for such a requirement in the arbitral jurisprudence. While it is true that the board in *Strathcona* relied on survey data that indicated alcohol use “was thought to be a contributing factor” in workplace incidents (p. 56), there is no support in that case for the conclusion that the employer must establish cause and effect between alcohol use and a workplace incident. Indeed, the reasons in *Strathcona* say exactly the opposite:

... an Employer does not have to wait for “a serious incident of loss, damage, injury or death” to occur before taking action. Likewise, given the inherent risks at the Refinery, the Employer is not bound to bide its time, patiently building a case in favour of random testing, one incident after another. [Emphasis added; p. 73.]

In any case, to require that an employer tie alcohol use to actual incidents at the mill, as the board in this case did, is not only unreasonable, it is patently absurd. The arbitral cases recognize that evidence of alcohol use at an inherently dangerous facility such as the Irving mill — where the impact of a catastrophic failure could extend well beyond the safety of workers — is “a problem” enough.

[106] Taking these two points together, it is beyond question that the board in this case applied an evidentiary standard unknown to the arbitral jurisprudence. And it is the application of that higher standard which, in our view, dictated the board’s conclusion in this case. As such, this is not a matter of quibbling with a few arguable statements or intermediate findings in the board’s reasons — the higher evidentiary standard is *the* basis for the board’s ultimate conclusion.

[105] Deuxièmement, le conseil a exigé que l’élément de preuve démontrant l’existence d’un problème d’alcool soit [TRADUCTION] « lié » aux « accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse » à l’usine ou ait un « lien de causalité » avec ceux-ci. Là encore, cette exigence n’est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. Bien qu’il soit vrai que le conseil dans *Strathcona* se soit fondé sur les résultats d’un sondage indiquant que des accidents de travail « étaient attribuables [selon des employés] à la consommation d’alcool » (p. 56), rien ne permet de conclure en l’espèce que l’employeur doit établir un lien de cause à effet entre la consommation d’alcool et un incident de travail. En effet, les motifs dans *Strathcona* indiquent exactement le contraire :

[TRADUCTION] . . . l’employeur ne doit pas attendre qu’« un incident grave, comme une perte, des dommages, des blessures ou un décès », ne survienne avant de prendre des mesures. De même, compte tenu des risques inhérents à la raffinerie, l’employeur n’est pas tenu d’attendre avant d’agir, en constituant patiemment un dossier pour justifier des tests aléatoires, un incident après l’autre. [Nous soulignons; p. 73.]

Quoi qu’il en soit, exiger que l’employeur lie la consommation d’alcool aux incidents réels à l’usine, comme le conseil l’a fait en l’espèce, est non seulement déraisonnable, mais manifestement absurde. Les sentences arbitrales reconnaissent que la preuve de la consommation d’alcool dans un établissement intrinsèquement dangereux comme l’usine Irving — où les répercussions d’un manquement catastrophique pourraient se faire sentir bien au-delà de la sécurité des travailleurs — est suffisamment « un problème ».

[106] Si on considère ces deux points, il ne fait aucun doute que le conseil en l’espèce a appliqué une norme de preuve inconnue de la jurisprudence arbitrale. C’est l’application de cette norme plus élevée qui, à notre sens, a dicté la conclusion du conseil en l’espèce. Par conséquent, il ne s’agit pas ici de contester certaines déclarations ou conclusions intermédiaires discutables énoncées dans les motifs du conseil — la norme de preuve plus élevée est *le* fondement de la conclusion finale du conseil.

[107] It is clear from the board's reasons that it accepted that "the Irving plant is one in which great care must be taken with safe work practices" and that "the mill in normal operation is a dangerous work environment" (paras. 98 and 102). There was also no dispute that Mr. Day's job was properly characterized as safety-sensitive, and his job role was "noted [in the evidence] as showing one of the highest risks in the plant" (para. 90). Furthermore, the board also accepted that the use of a breathalyser was "minimally intrusive", "among the alternatives, ha[d] the lowest impact on the privacy right", and was "a reasonable choice for this employer" (paras. 117-18). Those conclusions are not challenged by either party on appeal.

[108] However, when it came to balancing the interests as part of *KVP* reasonableness, the board concluded that "[Irving's] scheme [got] into heavier weather" (para. 119) because the company failed to demonstrate a "significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use" at the plant (para. 120). In other words, the board concluded that the company's policy was unreasonable *because the evidence of alcohol use that Irving introduced fell short of the higher standard the board applied*. The evidence, in short, was the decisive factor.

[109] To be clear, and as we observed earlier, it was open for the board in this case to depart from the arbitral consensus in reaching its conclusion, provided it had a reasonable basis for doing so. In so departing, it was thus incumbent upon the board to provide some explanation for its reasoning. Here, the board provided no explanation whatsoever — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for the new evidentiary standard that it applied.

[110] The board's departure from the arbitral consensus resulted in a decision that fell outside the range of reasonable outcomes defensible in the facts and law. In the absence of a reasonable explanation for its novel test, the board must be taken as

[107] Clairement, au vu de ses motifs, le conseil a reconnu que [TRADUCTION] « l'usine Irving exige des pratiques de travail sécuritaires » et « constitue en temps normal un environnement de travail dangereux » (par. 98 et 102). Nul ne conteste non plus que le poste de M. Day était adéquatement qualifié d'« à risque » et que, selon la preuve, son poste était « un des plus risqués à l'usine » (par. 90). Le conseil a également reconnu que l'utilisation d'un éthylomètre était la solution « la moins attendue possible », « parmi toutes, celle qui présent[ait] la plus faible incidence sur le droit à la protection de la vie privée » et était un « choix raisonnable pour cet employeur » (par. 117-118). Ces conclusions ne sont pas contestées par l'une ou l'autre des parties dans le pourvoi.

[108] Toutefois, en ce qui a trait à la mise en balance des intérêts dans le cadre de l'examen de la raisonabilité tel qu'il est décrit dans *KVP*, le conseil a conclu que [TRADUCTION] « [c]'est là où, pour le régime adopté par [Irving], le bât blesse » (par. 119) parce que la société n'a pas démontré un « degré significatif d'augmentation du risque à la sécurité attribuable à la consommation d'alcool par les employés » à l'usine (par. 120). Autrement dit, le conseil a conclu que la politique de la société était déraisonnable *parce que la preuve de la consommation d'alcool qu'Irving a présentée ne répondait pas à la norme plus élevée qu'il a appliquée*. Bref, la preuve était le facteur déterminant.

[109] Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous tenons à préciser qu'il était loisible au conseil en l'espèce de faire abstraction du consensus arbitral pour arriver à sa conclusion, pourvu qu'il eût un motif raisonnable de le faire. Ainsi, il incombait au conseil d'expliquer son raisonnement. En l'espèce, il n'a fourni aucune explication — implicite ou explicite, raisonnable ou déraisonnable — pour justifier la nouvelle norme de preuve qu'il a appliquée.

[110] La dérogation du conseil au consensus arbitral a donné lieu à une décision qui n'appartenait pas aux issues raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Comme le conseil n'a pas expliqué de façon raisonnable pourquoi il

having misapplied the existing test, which in the circumstances of this case rendered its decision unreasonable. See *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345: “Because the Board’s finding of unfairness was based on . . . a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was rendered unreasonable” (para. 37, *per* Abella J.).

[111] Whether Irving in fact introduced evidence sufficient to meet the evidentiary standard reflected in the arbitral consensus is not the issue before us. Our concern in this appeal is whether the appropriate standard was applied by the board. Though we take no position on the sufficiency of the evidence brought to bear by Irving, we do note that the documented history of alcohol use by individual employees would appear to be similar to the evidence accepted as sufficient in other cases as reasonably justifying similar policies in similar contexts. The actual determination of that matter, however, is the responsibility of a future arbitral board, should the policy be challenged again.

E. *Further Unreasonableness in the Board’s Decision*

[112] We turn finally to a further aspect of the board’s reasoning that undermined the reasonableness of its ultimate conclusion. The board drew an adverse inference as to the reasonableness of the random alcohol testing policy based on the fact that only 10 percent of mill employees in safety-sensitive positions were tested in any given year. Irving’s choice of that figure was characterized as “indirect evidence from which the inference can be drawn that plant management does not regard the incremental safety risk posed by alcohol in this plant as being high” (para. 110). In other words, it was used to support the board’s conclusion that there was insufficient evidence of an alcohol problem at the mill.

a appliqué un nouveau critère, nous devons considérer qu’il a mal appliqué le critère déjà établi, ce qui, dans les circonstances de l’espèce, a rendu sa décision déraisonnable. Voir *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345 : « Comme j’estime que la Commission conclut au caractère inéquitable à l’issue d’une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision est déraisonnable » (par. 37, la juge Abella).

[111] Nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si Irving a présenté des éléments de preuve suffisants pour répondre à la norme de preuve reconnue par les arbitres. Nous devons plutôt nous demander si le conseil a pris sa décision suivant la norme applicable. Bien que nous ne prenions pas position sur la suffisance de la preuve présentée par Irving, nous remarquons que le passé bien documenté des employés relativement à leur consommation d’alcool semble être similaire à la preuve reconnue comme suffisante dans d’autres décisions pour justifier raisonnablement des politiques semblables dans des contextes semblables. Toutefois, la détermination de cette question revient à un conseil d’arbitrage ultérieur, advenant le cas où la politique serait de nouveau contestée.

E. *Autre élément de déraisonnabilité dans la décision du conseil*

[112] Nous nous penchons enfin sur un autre aspect du raisonnement du conseil qui a miné la raisonabilité de sa conclusion finale. Le conseil a tiré une inférence contradictoire quant à la raisonabilité de la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool en s’appuyant sur le fait que seulement 10 pour 100 des employés de l’usine occupant des postes à risque ont subi des tests au cours d’une année donnée. Le choix d’Irving de ce pourcentage était qualifié de [TRADUCTION] « preuve indirecte à partir de laquelle on peut inférer que la direction de l’usine ne considère pas que l’augmentation du risque pour la sécurité découlant de la consommation d’alcool dans cette usine est élevée » (par. 110). Autrement dit, le conseil s’est servi de ce pourcentage pour étayer sa conclusion portant que la preuve de l’existence d’un problème d’alcool à l’usine n’était pas suffisante.

[113] The board’s inference was unreasonable for three reasons. First, as the board itself recognized, “[b]ecause the random alcohol testing policy is based upon deterrence, the percentage chosen for testing represents its estimate of what is required to achieve that goal” (para. 110 (emphasis added)). In other words, the figure should be understood not as an indication of the level of the problem, but *what it will take to solve the problem*. Indeed, the value of a random alcohol testing program comes not from what it detects, but from what it deters. Academic literature — not to mention common sense — teaches that even low testing percentages can be highly effective in deterring the relevant conduct. See, e.g., J. I. Borack, “Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs”, U.S. Navy Personnel Research and Development Center (March 1998) (explaining that a 20 percent random test rate “achiev[ed] significant benefits” in deterring drug use among service members while tripling the test rate to 58 percent would provide “modest increases [in deterrence] . . . but at significantly higher cost” (p. 15)).

[114] Second, the board’s reasoning would perversely incentivize employers to test a *higher* percentage of their employees in order to establish the reasonableness of their workplace drug and alcohol testing policies. Manifestly, testing a greater number of employees leads to a greater intrusion into the privacy of those employees. Indeed, to the extent a testing threshold were higher than reasonably necessary to achieve the desired deterrent effect, it may well fail to satisfy the minimal impairment analysis arbitrators have conducted as part of the balancing of interests.

[115] Third and finally, the threshold set by Irving is hardly out of the mainstream for random alcohol testing. For example, the U.S. Department

[113] L’inférence du conseil était déraisonnable pour trois raisons. En premier lieu, comme le conseil le reconnaît lui-même, [TRADUCTION] « [I]a politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool étant fondée sur la dissuasion, le pourcentage d’employés choisis pour subir les tests représente ce que l’employeur estime être nécessaire pour atteindre cet objectif » (par. 110 (nous soulignons)). Autrement dit, le pourcentage devrait être interprété non pas comme une indication de l’ampleur du problème, mais comme une indication de *ce qu’il faudra pour régler le problème*. En effet, la valeur d’un programme de tests aléatoires de dépistage d’alcool ne vient pas de ce qu’il détecte, mais de ce qu’il dissuade. La littérature didactique — sans compter le bon sens — nous enseigne que même les faibles pourcentages de dépistage peuvent être hautement efficaces pour dissuader de s’adonner à la conduite en cause. Voir, p. ex., J. I. Borack, « Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs », U.S. Navy Personnel Research and Development Center (mars 1998) (dans lequel l’auteur explique qu’un taux de tests aléatoires de dépistage de 20 pour 100 a permis de dissuader [TRADUCTION] « de façon importante » les membres du service de consommer de la drogue, alors que tripler le taux à 58 pour 100 apporterait « des améliorations modestes [en terme de dissuasion] [. . .] mais coûterait beaucoup plus cher » (p. 15)).

[114] En deuxième lieu, le raisonnement du conseil inciterait abusivement les employeurs à faire subir un test à un pourcentage *plus élevé* d’employés afin d’établir la raisonnable de leurs politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool en milieu de travail. Manifestement, le fait d’assujettir un plus grand nombre d’employés aux tests de dépistage mène à une intrusion plus grande dans la vie privée de ces employés. En effet, dans la mesure où un seuil de test est plus élevé que ce qui est raisonnablement nécessaire pour obtenir l’effet dissuasif souhaité, il peut fort bien ne pas satisfaire à l’analyse de l’atteinte minimale effectuée par les arbitres dans le cadre de la mise en balance des intérêts.

[115] En troisième et dernier lieu, le seuil établi par Irving n’est pas marginal en ce qui a trait aux tests aléatoires de dépistage d’alcool. Par exemple,

of Transportation, a leading policy-maker in this area, sets a 10 percent threshold for employers subject to its regulations, as the board in this case recognized (para. 111; see also U.S. Department of Transportation, “Current Random Testing Rates” (online)).

III. Conclusion

[116] The decision of the board in this case cannot be said to fall within the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law. Though purporting to apply the accepted test from the arbitral jurisprudence, the board unreasonably departed from it. And in applying its own novel test, the board compounded the unreasonableness of its finding by reasoning in a manner that was again unreasonable.

[117] To be sure, the decisions of labour arbitration boards command judicial deference. But, in our respectful view, “deference ends where unreasonableness begins” (*Khosa*, at para. 160, *per* Fish J.).

[118] For these reasons, we respectfully dissent.

Appeal allowed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN and MOLDAVER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pink, Larkin, Fredericton.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association and Enform: Dentons Canada, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian National Railway Company, the Canadian Pacific Railway Company and Via Rail Canada Inc.: Heenan Blaikie, Montréal; Canadian National Railway Company, Montréal.

le département des Transports des É.-U., chef de file en la matière, établit un seuil de 10 pour 100 pour les employeurs assujettis à sa réglementation, comme l’a reconnu le conseil en l’espèce (par. 111; voir également U.S. Department of Transportation, « Current Random Testing Rates » (en ligne)).

III. Conclusion

[116] On ne saurait affirmer que la décision du conseil en l’espèce appartient aux issues raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Bien qu’il prétende avoir appliqué le critère reconnu par la jurisprudence arbitrale, le conseil a rendu une décision déraisonnable en en faisant abstraction. Qui plus est, en appliquant son propre nouveau critère, le conseil a accentué le caractère déraisonnable de sa conclusion en raisonnant d’une manière qui était, là encore, déraisonnable.

[117] Il est entendu que les décisions des conseils d’arbitrage commandent la déférence judiciaire. Mais, à notre humble avis, « la déférence s’arrête là où commence la déraisonnabilité » (*Khosa*, par. 160, le juge Fish).

[118] Pour ces motifs, nous sommes dissidents.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges ROTHSTEIN et MOLDAVER sont dissidents.

Procureurs de l’appelant : Pink, Larkin, Fredericton.

Procureurs de l’intimée : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association et Enform : Dentons Canada, Calgary.

Procureurs des intervenantes la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée et Via Rail Canada Inc. : Heenan Blaikie, Montréal; Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Montréal.

Solicitors for the interveners the Alberta Federation of Labour and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 707: Chivers Carpenter, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Mining Association, the Mining Association of British Columbia, the Mining Association of Manitoba Inc., the Québec Mining Association, the Ontario Mining Association and the Saskatchewan Mining Association: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Power Workers' Union: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Power Workers' Union, Toronto.

Procureurs des intervenants Alberta Federation of Labour et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707 : Chivers Carpenter, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., l'Association minière du Québec, Ontario Mining Association et Saskatchewan Mining Association : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Power Workers' Union : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Power Workers' Union, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Christopher Baldree *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BALDREE

2013 SCC 35

File No.: 34754.

2012: November 7; 2013: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Drug purchase call — Implied Assertions — Implied assertion tendered for the truth of its contents — Applicability of hearsay rule — Purposive approach — Principled analysis of its necessity and reliability.

After B was arrested, a caller telephoned B's cell phone to arrange for a drug delivery. A police officer answered B's cell phone and agreed to deliver the drugs at the price that B usually charged. The caller gave his address. No effort was made to find and interview him and he was not called as a witness. The trial judge concluded that the police officer's testimony was not hearsay and admitted the contents of the call. B was convicted of possessing marijuana and cocaine for the purposes of trafficking. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, ordered a new trial, and held that the evidence should not have been admitted.

Held: The appeal should be dismissed and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The hearsay rule reflects the value our criminal justice system

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Christopher Baldree *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. BALDREE

2013 CSC 35

N° du greffe : 34754.

2012 : 7 novembre; 2013 : 19 juin.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oûi-dire — Commande téléphonique de drogue — Affirmations implicites — Affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu — Application de la règle du oûi-dire — Cadre d'analyse raisonnée — Application de la méthode d'analyse raisonnée pour déterminer la nécessité et la fiabilité de la preuve.

Après l'arrestation de B, une personne a composé le numéro du téléphone cellulaire de B pour se faire livrer de la drogue. Un agent de police a répondu à l'appel et a accepté de livrer la marchandise au prix pratiqué habituellement par B. L'auteur de l'appel a donné son adresse. La police n'a aucunement tenté de le trouver et de l'interroger, et il n'a pas été appelé à témoigner. Le juge du procès a conclu que le témoignage de l'agent de police ne constituait pas du oûi-dire et a admis en preuve le contenu de l'appel. B a été déclaré coupable de possession de marihuana et de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel, ordonné la tenue d'un nouveau procès et conclu qu'il aurait fallu écarter la preuve.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La règle du oûi-dire traduit l'importance accordée par notre

places on live, in-court testimony. The defining features of hearsay are (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. Hearsay evidence is presumptively inadmissible as a matter of law. The issue here is whether this exclusionary rule applies to express hearsay only, or to implied hearsay as well. An implied assertion tendered for the truth of its contents does not stand on a different footing, with respect to the hearsay rule, than an explicit assertion to the same effect. The principled reasons for their presumptive inadmissibility apply equally to both. There is no principled reason, in determining their admissibility, to distinguish between express and implied assertions adduced for the truth of their content.

Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under a traditional exception to the hearsay rule. If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if, pursuant to the principled analysis, sufficient indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*. Hearsay evidence is presumptively inadmissible because of the difficulties inherent in testing the reliability of the declarant's assertion. The need for a functional approach to implied assertions is readily apparent, bearing in mind the core hearsay dangers of the declarant's perception, memory, narration and sincerity.

Here, no traditional exception applies and the impugned evidence withers on a principled analysis. This was a single drug purchase call of uncertain reliability. No effort was made to find and interview the caller, still less to call him as a witness — where the assertion imputed to him could have been evaluated by the trier of fact in the light of cross-examination and the benefit of observing his demeanour. Although this drug purchase call does not withstand scrutiny under the principled approach, this need not always be the case with drug purchase calls.

Finally, the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can have no application in this case, since it cannot be said that there is no reasonable possibility the verdict would have been different had the telephone call not been admitted.

système de justice pénale au témoignage de vive voix devant le tribunal. Les caractéristiques déterminantes du ouï-dire sont les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible en droit. En l'espèce, la question en litige est celle de savoir si cette règle d'exclusion s'applique uniquement au ouï-dire exprès, ou si elle s'applique également au ouï-dire implicite. Une affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu n'est pas traitée différemment pour l'application de la règle du ouï-dire qu'une affirmation explicite équivalente. Les raisons de principe qui sous-tendent la présomption d'inadmissibilité s'appliquent également aux deux catégories de ouï-dire. Aucune raison de principe ne permet de distinguer les affirmations explicites et implicites, pour ce qui est d'en déterminer l'admissibilité, si elles sont toutes deux présentées pour établir la véracité de leur contenu.

La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire. Si elle ne relève pas d'une exception à cette règle, elle peut tout de même être admissible si, par application de la méthode d'analyse raisonnée, l'existence d'indices suffisants de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire. La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible, car il est difficile de contrôler la fiabilité de la déclaration. La nécessité d'adopter une approche fonctionnelle à l'égard de l'affirmation implicite ressort à l'évidence, compte tenu des dangers inhérents au ouï-dire, à savoir la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait et sa sincérité.

En l'espèce, aucune exception traditionnelle ne s'applique, et la preuve contestée ne résiste pas à l'analyse raisonnée. Il s'agissait d'une seule commande téléphonique de drogue d'une fiabilité incertaine. La police n'a aucunement tenté de trouver l'auteur de l'appel et de l'interroger, et encore moins de l'appeler à témoigner au procès — où le juge des faits aurait pu évaluer l'affirmation qu'on lui prête en lui faisant subir un contre-interrogatoire et en observant son comportement. Bien que la commande téléphonique de drogue en l'espèce ne résiste pas à l'analyse raisonnée, il n'en sera pas nécessairement ainsi dans d'autres cas.

Enfin, la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne peut s'appliquer en l'espèce, vu qu'on ne saurait affirmer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'appel n'avait pas été admis.

Per Moldaver J.: An implied assertion of a factual proposition is part of the “contents” of a statement for purposes of the hearsay rule. Accordingly, the evidence of the drug purchase call was hearsay because it was introduced to prove that B was in fact a drug trafficker. In such cases, however, the real concern under the principled approach is reliability and it should be the focus of the inquiry. The necessity criterion has its purpose, but it is not meant to stifle the admission of reliable evidence. Rather, it is founded on society’s interest in getting at the truth. For that reason, in cases such as this one — where the prospect of locating, identifying, and receiving accurate information from a forthcoming and cooperative caller is remote — if the evidence is reliable, it should be admitted because its reception into evidence will be necessary in order to get closer to the truth. If the evidence is not reliable, it should be excluded.

The starting point is that a long line of cases have admitted evidence similar to that at issue here on the basis that it was non-hearsay. Because judges are not in the habit of admitting evidence they deem unreliable, these earlier cases appear to rest on the conclusion that drug purchase calls are reliable more often than not and, thus, can safely be categorized as non-hearsay. Even where such evidence was excluded, the concern was reliability. The common thread in these cases is that the evidence’s reliability dictated the answer with respect to admissibility — and that is the assessment courts should focus on.

The majority’s analogy to an earlier decision of this Court to support its conclusion that the police should have tried to find and interview the caller breaks down upon scrutiny. There, the police were dealing with a known declarant who was fully cooperative and forthcoming. Here, the declarant was unknown. Apart from officer safety concerns, the likelihood of the police finding the declarant would seem slim. And the prospect of the declarant being forthcoming and cooperative, if found, would seem even slimmer. The necessity criterion was thus met.

Although it is perfectly consistent with the principled approach that even a single drug purchase call may meet the threshold test for reliability, the Crown failed in this case to establish that the call meets the test justifying its admission as substantive evidence that B was engaged in drug trafficking. Even if the caller was entirely sincere

Le juge Moldaver : Une affirmation implicite d’un élément de fait est comprise dans le « contenu » d’une déclaration pour l’application de la règle du oui-dire. Par conséquent, la commande téléphonique de drogue constituait du oui-dire, car elle a été présentée en preuve pour démontrer que B était dans les faits un trafiquant de drogue. Or, dans un tel cas, le véritable enjeu de la méthode d’analyse raisonnée est celui de la fiabilité, et c’est sur ce critère que l’analyse devrait être axée. Le critère de nécessité joue certes un rôle, mais il ne vise pas à entraver l’admission d’éléments de preuve fiables. Au contraire, il repose sur l’intérêt qu’a la société à découvrir la vérité. C’est pourquoi, dans un cas comme celui-ci — où les chances de dénicher et d’identifier l’auteur d’un appel, de trouver en lui un témoin disposé à collaborer et d’obtenir de sa part des renseignements exacts sont minces —, la preuve qui se révèle fiable devrait être admise, car elle sera nécessaire pour permettre que l’on se rapproche de la vérité. Par contre, si la preuve n’est pas fiable, elle doit être écartée.

Pour commencer, des éléments de preuve de ce type ont été admis dans une foule d’affaires, au motif qu’ils ne constituaient pas du oui-dire. Comme les juges n’ont pas l’habitude d’admettre des preuves qu’ils ne tiennent pas pour fiables, ces arrêts antérieurs semblent reposer sur la conclusion que les commandes téléphoniques de drogue se révèlent fiables plus souvent qu’autrement et qu’on peut donc considérer sans danger qu’elles ne constituent pas du oui-dire. Même dans les cas où ce type de preuve a été écarté, c’était pour une question de fiabilité. Ces affaires ont en commun que la fiabilité de la preuve a dicté la décision sur l’admissibilité, et c’est à une telle appréciation que les tribunaux doivent s’attacher.

L’analogie que font les juges majoritaires avec un arrêt antérieur de la Cour au soutien de leur conclusion selon laquelle la police aurait dû chercher à trouver l’auteur de l’appel et à l’interroger ne résiste pas à l’examen. Dans cette autre affaire, la police traitait avec un déclarant connu qui était tout à fait disposé à collaborer. En l’espèce, le déclarant n’était pas connu. Mis à part les préoccupations liées à la sécurité des agents, notons que les chances que la police trouve le déclarant semblent limitées et les chances que ce dernier soit disposé à collaborer, le cas échéant, le sont davantage encore. Il a donc été satisfait au critère de nécessité.

Bien que, selon la méthode d’analyse raisonnée, même une seule commande téléphonique de drogue puisse respecter le seuil de fiabilité, le ministère public n’a pas démontré en l’espèce que l’appel satisfait au critère et, partant, que son admission était justifiée à titre d’élément tendant à prouver au fond que B trempait dans le trafic de

in his belief that B was a drug dealer, that does not address why the caller believed what he believed — and whether his belief was in fact true or not. This is not a case of multiple calls, where common sense tells us that the probability of numerous callers all being mistaken is unlikely. Nor do we have sufficient indicia of reliability, either within the statement or in the form of confirmatory evidence outside the statement. Had the circumstances been somewhat different, there may well have been a satisfactory basis for evaluating whether the caller believed B was a drug dealer and whether that belief was in fact true. That is what threshold reliability requires.

Cases Cited

By Fish J.

Distinguished: *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698, aff'g (1996), 193 A.R. 149; **referred to:** *R. v. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, aff'd [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358; *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84; *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. v. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370; *R. v. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; **referred to:** *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155; *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. v. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318; *R. v. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239; *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698.

drogue. Même si l'auteur de l'appel croyait sincèrement que B était un trafiquant de drogue, la raison motivant une telle croyance, et la véracité de cette dernière, ne sont pas étayées. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où de multiples appels ont été interceptés et où le bon sens dicte d'écarter pour improbable la possibilité d'une erreur de la part des nombreux auteurs d'appel. En outre, nous ne disposons pas d'indices de fiabilité suffisants, ni dans les termes mêmes de la déclaration, ni sous forme de preuve corroborante. Si les circonstances avaient été quelque peu différentes, elles auraient pu permettre de déterminer si l'auteur de l'appel croyait que B était un trafiquant de drogue et si sa croyance était vraie dans les faits. Voilà ce qu'il faut pour satisfaire au seuil de fiabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698, conf. (1996), 193 A.R. 149; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, conf. par [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358; *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84; *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. c. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. c. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370; *R. c. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155; *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. c. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318; *R. c. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239; *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698.

Statutes and Regulations Cited

- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii), 693(1)(a).
Criminal Justice Act 2003 (U.K.), 2003, c. 44, s. 115.
Evidence Act 1995 (Aust.), No. 2, s. 59(1).
Federal Rules of Evidence (U.S.), Rule 801.

Authors Cited

- Birch, Di. “Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?”, [2004] *Crim. L.R.* 556.
 Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: Information Canada, 1975.
 Dennis, I. H. *The Law of Evidence*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
 Dufraimont, Lisa. Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331.
 Finman, Ted. “Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence” (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682.
 Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2012, release 22).
 McCormick, Charles T. “The Borderland of Hearsay” (1930), 39 *Yale L.J.* 489.
McCormick on Evidence, vol. 2, 7th ed. by Kenneth S. Broun, General Editor. Eagan, Minn.: Thomson Reuters, 2013.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
Phipson on Evidence, 17th ed. by Hodge C. Malek et al. London: Sweet & Maxwell, 2010.
 Rice, Paul R. “Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence” (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529.
 Schiff, Stanley. “Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule: A Functional View” (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 674.
 Weinstein, Jack B., and Margaret A. Berger. *Weinstein’s Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts*, vol. 4. New York: Matthew Bender, 1983 (loose-leaf updated August 1990, release 38).

Lois et règlements cités

- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii), 693(1)(a).
Criminal Justice Act 2003 (R.-U.), 2003, ch. 44, art. 115.
Evidence Act 1995 (Austr.), No. 2, art. 59(1).
Federal Rules of Evidence (É.-U.), règle 801.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

Doctrine et autres documents cités

- Birch, Di. « Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay : Same Old Story, Same Old Song? », [2004] *Crim. L.R.* 556.
 Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa : Information Canada, 1975.
 Dennis, I. H. *The Law of Evidence*, 4th ed. London : Sweet & Maxwell, 2010.
 Dufraimont, Lisa. Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331.
 Finman, Ted. « Implied Assertions as Hearsay : Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence » (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682.
 Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2012, release 22).
 McCormick, Charles T. « The Borderland of Hearsay » (1930), 39 *Yale L.J.* 489.
McCormick on Evidence, vol. 2, 7th ed. by Kenneth S. Broun, General Editor. Eagan, Minn. : Thomson Reuters, 2013.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
Phipson on Evidence, 17th ed. by Hodge C. Malek et al. London : Sweet & Maxwell, 2010.
 Rice, Paul R. « Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence » (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529.
 Schiff, Stanley. « Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule : A Functional View » (1978), 56 *R. du B. can.* 674.
 Weinstein, Jack B., and Margaret A. Berger. *Weinstein’s Evidence : Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts*, vol. 4. New York : Matthew Bender, 1983 (loose-leaf updated August 1990, release 38).

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Blair and Watt JJ.A.), 2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, 287 O.A.C. 327, 280 C.C.C. (3d) 191, 92 C.R. (6th) 331, [2012] O.J. No. 924 (QL), 2012 CarswellOnt 1741, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed.

James C. Martin and Brian G. Puddington, for the appellant.

Michael Davies and James Foord, for the respondent.

John S. McInnes, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

FISH J. —

I

[1] An out-of-court statement by a person not called as a witness in the proceedings is properly characterized as hearsay where it is tendered in evidence to make proof of the truth of its contents.

[2] It is undisputed on this appeal that hearsay evidence is presumptively inadmissible as a matter of law.

[3] The sole issue is whether this exclusionary rule applies to “express hearsay” only, or to “implied hearsay” as well. As a matter of logic and of principle, I am satisfied that it does.

[4] In both instances, the relevance of the out-of-court statement is not *that the statement was made*,

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston : Little, Brown & Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Blair et Watt), 2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, 287 O.A.C. 327, 280 C.C.C. (3d) 191, 92 C.R. (6th) 331, [2012] O.J. No. 924 (QL), 2012 CarswellOnt 1741, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

James C. Martin et Brian G. Puddington, pour l'appelante.

Michael Davies et James Foord, pour l'intimé.

John S. McInnes, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

LE JUGE FISH —

I

[1] Une déclaration extrajudiciaire faite par une personne qui n'est pas citée comme témoin au procès est qualifiée, à juste titre, de oui-dire lorsqu'elle est présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu.

[2] Nul ne conteste en l'espèce que la preuve par oui-dire est présumée inadmissible en droit.

[3] La seule question en litige est celle de savoir si cette règle d'exclusion s'applique au « oui-dire exprès » uniquement, ou si elle s'applique également au « oui-dire implicite ». Compte tenu de la logique et des principes, je suis convaincu que c'est le cas.

[4] Dans les deux cas, la pertinence de la déclaration extrajudiciaire ne tient pas au *fait qu'elle a*

but rather *what the content of the statement purports to prove*. And, in both instances, what the statement purports to prove is the truth of what the person not called as a witness is alleged to have asserted — expressly or by implication.

[5] With respect to their logical relevance, there is thus no substantive distinction between express and implied hearsay. The principled reasons for their presumptive inadmissibility apply equally to both.

[6] For these reasons and the reasons that follow, I agree with the majority in the Court of Appeal that the impugned out-of-court statement in issue here ought to have been excluded by the trial judge. It falls within no traditional exception to the hearsay rule and lacks the indicia of necessity and reliability that might otherwise render it admissible.

[7] Accordingly, I would dismiss the Crown's appeal to this Court against the judgment of the Court of Appeal.

II

[8] The respondent was convicted at his trial before judge alone of possessing marijuana and cocaine for the purposes of trafficking, contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[9] His appeal was allowed by a majority of the Ontario Court of Appeal and a new trial ordered. The Crown appeals to this Court as of right, pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the questions of law on which the dissent of Watt J.A. was based.

[10] Since I agree with the Court of Appeal that a new trial is warranted, I shall refer to the facts only to the extent necessary to dispose of this appeal.

été faite, mais plutôt à *ce que son contenu vise à établir*. Dans les deux cas, la déclaration en question vise à établir la véracité des propos exprès ou implicites que l'on prête à la personne qui n'a pas été citée comme témoin.

[5] En ce qui concerne la pertinence sur le plan de la logique, il n'y a donc aucune distinction substantielle entre le oui-dire exprès et le oui-dire implicite. Les raisons de principe qui sous-tendent la présomption d'inadmissibilité s'appliquent également aux deux catégories de oui-dire.

[6] Pour les motifs qui précèdent et ceux exposés ci-après, j'estime, tout comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, que le juge du procès aurait dû exclure la déclaration extrajudiciaire contestée en l'espèce. Elle ne relève d'aucune exception traditionnelle à la règle du oui-dire et ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité qui pourraient autrement la rendre admissible.

[7] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté par le ministère public devant notre Cour à l'encontre du jugement de la Cour d'appel.

II

[8] Au terme d'un procès devant un juge seul, l'intimé a été déclaré coupable de possession de marijuana et de cocaïne en vue d'en faire le trafic, en contravention au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

[9] Son appel a été accueilli par les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, qui ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sur les questions de droit au sujet desquelles le juge Watt de la Cour d'appel est dissident.

[10] Comme je partage l'avis de la Cour d'appel que la tenue d'un nouveau procès est justifiée, je ne ferai mention des faits que dans la mesure nécessaire pour trancher le présent pourvoi.

[11] On May 11, 2006, Cornwall police officers Sergeant Shawn Martelle and Constable Robert Ouellette responded to a suspected break-in at the apartment of a certain Eric Lepage. They knocked on the door and a man, who identified himself as Chris Baldree, allowed them in. The officers entered and immediately detected an odour of marijuana, and discovered marijuana “joints” and small marijuana buds in an ashtray.

[12] In the closet of the spare bedroom, Sgt. Martelle found an open safe containing a sandwich bag filled with 90 grams of cocaine — and, beside the safe, a large cardboard box with one ziplock bag containing 511 grams of marijuana.

[13] Mr. Baldree was arrested along with three other people found in the apartment. The police seized from him a cellular telephone and some cash found in his possession.

[14] At the police station, Mr. Baldree’s phone was ringing. Sgt. Martelle answered. At trial, he described the call as follows:

A. A male voice on the other end of the, of the phone advised that he was at 327 Guy Street and that he was a friend of Megan and asked for Chris. Knowing that there were two Chris that I had just arrested, I asked, “Chris who?” the male advised, “Baldree” and requested one ounce of weed. I then stated that I was now running the show here and that Mr. Baldree was not here and I was gonna take his

THE COURT: All right, sorry, asked for Chris.

A. Yes, I’m sorry Your Honour.

THE COURT: Yes.

A. And I questioned him, I asked him, “Chris who?” and he answered, “Baldree”.

THE COURT: Yes.

[11] Le 11 mai 2006, le sergent Shawn Martelle et l’agent Robert Ouellette de la police de Cornwall ont répondu à un appel concernant une possible introduction par effraction dans l’appartement d’un dénommé Eric Lepage. Ils ont frappé à la porte, et un homme qui a dit s’appeler Chris Baldree les a laissé entrer. Une fois à l’intérieur, les policiers ont immédiatement détecté une odeur de marihuana et ont découvert des « joints » et de petites cocottes de marihuana dans un cendrier.

[12] Dans la penderie de la chambre d’amis, le sergent Martelle a découvert un coffre-fort ouvert dans lequel se trouvait un sac à sandwich contenant 90 grammes de cocaïne et, à côté du coffre-fort, une grande boîte en carton renfermant un sac ziplock contenant 511 grammes de marihuana.

[13] M. Baldree et trois autres personnes qui se trouvaient dans l’appartement ont été arrêtés. Les policiers ont saisi le téléphone cellulaire du premier ainsi que l’argent qu’ils ont trouvé en sa possession.

[14] Au poste de police, le téléphone de M. Baldree a sonné. Le sergent Martelle a répondu. Lors du procès, il a ainsi décrit l’appel :

[TRADUCTION]

R. À l’autre bout du fil, un homme a dit qu’il se trouvait au 327, rue Guy, qu’il était un ami de Megan et qu’il voulait parler à Chris. Sachant que je venais d’arrêter deux personnes du nom de Chris, j’ai demandé « Chris qui? » et l’homme a répondu « Baldree » et a demandé une once de pot. J’ai alors dit que je menais maintenant le, le bal, que M. Baldree était absent et que je prendrais sa

LA COUR : D’accord, pardon, a demandé à parler à Chris.

R. Oui, excusez-moi Votre Honneur.

LA COUR : Oui.

R. Et je lui ai posé la question, je lui ai demandé « Chris qui? » et il a répondu « Baldree ».

LA COUR : Oui.

A. He asked for one ounce of weed. I then asked him how much Chris charges him, he says he pays \$150. I then advised him I would deliver same, 327 Guy, and that was the end of the conversation. [A.R., vol. II, at p. 76]

The police made no effort at all to contact the caller at the address he provided.

[15] Counsel for the accused promptly objected to this testimony on the ground that it was inadmissible hearsay. The trial judge disagreed. He found the evidence to be “non-hearsay”, a convenient term I shall adopt throughout, on the basis of *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698, and *R. v. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), aff’d on other grounds, [1996] 1 S.C.R. 128.

[16] In the judge’s view:

Whether these calls can be referred to as admissible hearsay or simply statements of state of mind, the law holds that they are admissible as circumstantial evidence to indicate a person engaged in drug trafficking. They are not tendered in evidence for the truth of the fact that the individual phoning is in fact the individual whom the individual states to be or that the individual in fact will carry out the trafficking of the drugs. As stated, it is circumstantial evidence of an individual engaged in the trafficking of drugs. [A.R., vol. I, at pp. 22-23]

[17] Having concluded that Sgt. Martelle’s testimony was not hearsay, the trial judge found it unnecessary to weigh its probative value against its prejudicial effect.

III

[18] All three justices in the Ontario Court of Appeal wrote separate reasons. Feldman and Blair J.J.A. allowed the appeal and ordered a new trial; Watt J.A., dissenting, would have dismissed the appeal.

[19] Feldman J.A. disagreed with the trial judge’s characterization of the phone call as circumstantial

R. Il a demandé une once de pot. Je lui ai alors demandé combien Chris le lui vendait; il a répondu qu’il payait 150 \$. Je lui ai dit ensuite que je livrerais la marchandise au 327, rue Guy, et la conversation s’est alors terminée. [d.a., vol. II, p. 76]

La police n’a aucunement essayé de communiquer avec l’auteur de l’appel à l’adresse qu’il avait donnée.

[15] L’avocat de l’accusé s’est promptement opposé à ce témoignage au motif qu’il constituait une preuve par ouï-dire inadmissible. Le juge du procès n’était pas de cet avis. Il a conclu que la preuve ne constituait pas du « ouï-dire », suivant les arrêts *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698, et *R. c. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), conf. pour d’autres motifs par [1996] 1 R.C.S. 128.

[16] De l’avis du juge :

[TRADUCTION] Que ces appels soient qualifiés de preuve par ouï-dire admissible ou simplement de déclarations démontrant l’état d’esprit, la loi les considère comme admissibles à titre de preuve circonstancielle révélant que la personne en cause est impliquée dans le trafic de drogue. Ils ne sont pas présentés en preuve en vue d’établir que la personne qui téléphone est en fait la personne qu’elle déclare être ou que la personne se livrera dans les faits au trafic de drogue. Comme il a été mentionné, il s’agit d’une preuve circonstancielle d’une personne impliquée dans le trafic de drogue. [d.a., vol. I, p. 22-23]

[17] Ayant conclu que le témoignage du sergent Martelle ne constituait pas du ouï-dire, le juge du procès était d’avis qu’il n’était pas nécessaire d’apprécier sa valeur probante en regard de son effet préjudiciable.

III

[18] Les trois juges de la Cour d’appel de l’Ontario ont rédigé des motifs distincts. Les juges Feldman et Blair ont accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès; le juge Watt, dissident, était d’avis de rejeter l’appel.

[19] La juge Feldman ne partageait pas l’avis du juge du procès selon qui l’appel téléphonique

evidence indicating that Mr. Baldree was engaged in drug trafficking. On the contrary, in her view, “admitting the contents of [the] call into evidence is admitting that evidence for a hearsay purpose. It is the implied assertion of the caller, untested by cross-examination, that the accused is a drug dealer” (para. 140).

[20] Feldman J.A. found that the trial judge thus erred by focusing “on the truth of whether the caller really wanted to purchase drugs, which was of course irrelevant, and not on the implied assertion in the request” (para. 144).

[21] Citing the reasons of the majority of the House of Lords in *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345, and the opinion of McMurtry C.J.O. in *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), Feldman J.A. concluded that the hearsay analysis should not hinge on whether the assertion is express or implied (para. 140).

[22] She found that the telephone call was hearsay and should not have been admitted as evidence against Mr. Baldree because it could not withstand scrutiny under the principled approach to the hearsay rule. Regarding necessity, the police had the caller’s address, yet made no effort to contact him; as to reliability, there was simply no basis to test the caller’s belief without subjecting him to cross-examination (para. 146).

[23] Feldman J.A. also concluded that the evidence was inadmissible because its probative value was outweighed by its prejudicial effect (para. 147).

[24] Feldman J.A. declined to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and therefore held that the trial judge’s error required a new trial. Particularly in light of Crown counsel’s characterization of the drug purchase

constituait une preuve circonstancielle révélant que M. Baldree était impliqué dans le trafic de drogue. À ses yeux, au contraire, [TRADUCTION] « admettre en preuve le contenu de [l]’appel c’est admettre en preuve du oui-dire. L’auteur de l’appel, qui n’a pas subi l’épreuve du contre-interrogatoire, affirme implicitement que l’accusé est un trafiquant de drogue » (par. 140).

[20] Selon la juge Feldman, le juge du procès a donc commis une erreur en s’attachant à [TRADUCTION] « la véracité de l’affirmation selon laquelle l’auteur de l’appel voulait effectivement acheter de la drogue, ce qui, bien entendu, n’était pas pertinent, et non à l’affirmation implicite que recelait la commande » (par. 144).

[21] Renvoyant aux motifs des juges majoritaires de la Chambre des lords dans *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345, ainsi qu’à l’avis du juge en chef de l’Ontario, le juge McMurtry, dans *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), la juge Feldman a conclu que le résultat de l’analyse relative au oui-dire ne devrait pas différer selon qu’il s’agit d’une affirmation expresse ou implicite (par. 140).

[22] La juge estimait que l’appel constituait du oui-dire et qu’il n’aurait pas dû être présenté en preuve contre M. Baldree parce qu’il ne pouvait résister à l’examen selon la méthode d’analyse raisonnée en matière de oui-dire. En ce qui concerne la nécessité, la police connaissait l’adresse de l’auteur de l’appel, mais n’a pas tenté de communiquer avec lui; pour ce qui est de la fiabilité, rien ne permettait de mettre à l’épreuve la croyance de l’auteur de l’appel sans lui faire subir un contre-interrogatoire (par. 146).

[23] La juge Feldman a également conclu que la preuve était inadmissible parce que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante (par. 147).

[24] La juge Feldman a refusé d’appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* et, partant, elle était d’avis que l’erreur du juge de première instance exigeait la tenue d’un nouveau procès. Compte tenu en particulier

call as the strongest piece of evidence against the accused, Feldman J.A. could not conclude that the improper admission of Sgt. Martelle's testimony had no effect on the verdict (para. 149).

[25] In separate but concurring reasons, Blair J.A. was uncertain whether the impugned evidence constituted hearsay. In any event, he considered it preferable "for jurists to spend less time focusing on the characterization of evidence into 'hearsay' or 'non-hearsay' categories in these types of close-call scenarios and to spend more effort focusing on the principled criteria of necessity/reliability and prejudice vs. probative value" (para. 155).

[26] Accordingly, Blair J.A. found it unnecessary to "cut the 'hearsay' Gordian knot to resolve this appeal" because the impugned evidence failed on both an assessment of its necessity and reliability and on weighing its probative value against its prejudicial effect (para. 156).

[27] In his dissenting reasons, Watt J.A. agreed with the trial judge that this Court's decision in *Ly* held that evidence of a single drug purchase call is admissible as non-hearsay (para. 73).

[28] According to Watt J.A., a principled analysis was unnecessary on these facts because the impugned evidence was not hearsay. He disagreed with his colleagues that the evidence should have been excluded on the basis that its prejudicial effect outweighed its probative value (paras. 95-98).

[29] In the alternative, Watt J.A. was of the view that even if the drug purchase call was improperly admitted at trial, the conviction should nevertheless stand pursuant to the curative proviso (para. 99).

du fait que, selon le ministère public, la commande téléphonique de drogue constituait la preuve la plus solide contre l'accusé, la juge Feldman ne pouvait tirer comme conclusion que l'admission irrégulière du témoignage du sergent Martelle n'avait eu aucune incidence sur le verdict (par. 149).

[25] Dans ses motifs concordants, le juge Blair ne pouvait affirmer avec certitude que la preuve contestée constituait du oui-dire. Quoi qu'il en soit, il jugeait préférable [TRADUCTION] « pour les juristes de s'attacher moins à catégoriser la preuve selon qu'elle constitue ou non du "oui-dire", dans ce genre de cas limites, et davantage aux critères de principe relatifs à la nécessité et à la fiabilité d'une part et à la valeur probante par rapport à l'effet préjudiciable d'autre part » (par. 155).

[26] Ainsi, le juge Blair a estimé qu'il n'était pas nécessaire de [TRADUCTION] « trancher le nœud gordien que présente la question du "oui-dire" pour statuer en l'espèce » parce que la preuve contestée ne résistait ni à l'examen portant sur la nécessité et la fiabilité ni à l'évaluation du rapport entre sa valeur probante et son effet préjudiciable (par. 156).

[27] Dans ses motifs dissidents, le juge Watt partageait l'opinion du juge du procès que, suivant l'arrêt *Ly* de notre Cour, la preuve d'une seule commande téléphonique de drogue est admissible à titre de preuve ne constituant pas du oui-dire (par. 73).

[28] Selon le juge Watt, il n'était pas nécessaire de procéder à une analyse raisonnée dans ces circonstances parce que la preuve contestée ne constituait pas du oui-dire. Il ne souscrivait pas à l'avis de ses collègues selon qui la preuve devait être écartée au motif que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante (par. 95-98).

[29] Subsidiairement, le juge Watt était d'avis que, même si la commande téléphonique de drogue avait été admise en preuve à tort au procès, la déclaration de culpabilité devrait néanmoins être maintenue en vertu de la disposition réparatrice (par. 99).

IV

[30] The defining features of hearsay are (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 56. As Justice Charron explained in *Khelawon*, at para. 35, the hearsay rule reflects the value our criminal justice system places on live, in-court testimony:

Our adversary system puts a premium on the calling of witnesses, who testify under oath or solemn affirmation, whose demeanour can be observed by the trier of fact, and whose testimony can be tested by cross-examination. We regard this process as the optimal way of testing testimonial evidence. Because hearsay evidence comes in a different form, it raises particular concerns. The general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and who has not been subject to the test of cross-examination. The fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves.

[31] In short, hearsay evidence is presumptively inadmissible because of the difficulties inherent in testing the reliability of the declarant's assertion. Apart from the inability of the trier of fact to assess the declarant's demeanour in making the assertion, courts and commentators have identified four specific concerns. They relate to the declarant's perception, memory, narration, and sincerity: *Khelawon*, at para. 2; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, at para. 159.

[32] First, the declarant may have *misperceived* the facts to which the hearsay statement relates; second, even if correctly perceived, the relevant facts may have been *wrongly remembered*; third, the declarant may have narrated the relevant facts in an *unintentionally misleading manner*; and finally, the declarant may have *knowingly made a false assertion*. The opportunity to fully probe these

IV

[30] Les caractéristiques déterminantes du ouï-dire sont les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 56. Comme l'explique la juge Charron dans *Khelawon*, par. 35, la règle du ouï-dire traduit l'importance accordée par notre système de justice pénale au témoignage de vive voix devant le tribunal :

Notre système accusatoire attache une grande importance à l'assignation de témoins qui déposent sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et dont le comportement peut être observé par le juge des faits, et le témoignage, vérifié au moyen d'un contre-interrogatoire. Nous considérons que ce processus représente la meilleure façon de vérifier la preuve testimoniale. Parce qu'elle se présente sous une forme différente, la preuve par ouï-dire suscite des préoccupations particulières. La règle d'exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d'apprécier le poids à donner, s'il y a lieu, à une déclaration d'une personne qui n'a été ni vue ni entendue et qui n'a pas eu à subir un contre-interrogatoire. On craint que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite.

[31] Bref, la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible, car il est difficile de contrôler la fiabilité de la déclaration. Outre l'impossibilité pour le juge des faits d'apprécier le comportement du déclarant au moment où il fait la déclaration, les tribunaux et les auteurs de doctrine ont recensé quatre sujets de préoccupation, à savoir la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait et sa sincérité : *Khelawon*, par. 2; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 159.

[32] Premièrement, il se peut que le déclarant ait *mal perçu* les faits relatés dans sa déclaration; deuxièmement, même s'il a correctement perçu les faits pertinents, il se peut qu'il ne se les *remémore pas fidèlement*; troisièmement, il est possible qu'en relatant les faits pertinents il *induisse involontairement en erreur*; finalement, il pourrait avoir *sciemment fait une fausse déclaration*. La

potential sources of error arises only if the declarant is present in court and subject to cross-examination.

[33] Over the years, a number of common law exceptions were recognized, based on the belief that an overly rigid application of the exclusionary rule would impede the truth-finding process. As J. H. Wigmore explains:

The theory of the Hearsay rule . . . is that the many possible sources of inaccuracy and untrustworthiness which may lie underneath the bare untested assertion of a witness can best be brought to light and exposed, if they exist, by the test of cross-examination. But this test or security may in a given instance be superfluous; it may be sufficiently clear, in that instance, that the statement offered is free from the risk of inaccuracy and untrustworthiness, so that the test of cross-examination would be a work of supererogation. Moreover, the test may be impossible of employment — for example, by reason of the death of the declarant —, so that, if his testimony is to be used at all, there is a necessity for taking it in the untested shape.

(*Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, at §1420, quoted with approval in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 929.)

[34] Beginning with *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, the Court has moved away from a set of judicially created exceptions to the hearsay rule, and instead mandated a purposive approach, governed by a principled framework set out this way by McLachlin C.J. in *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358, at para. 15:

- (a) Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under an exception to the hearsay rule. The traditional exceptions to the hearsay rule remain presumptively in place.
- (b) A hearsay exception can be challenged to determine whether it is supported by indicia of necessity and reliability, required by the principled approach. The exception can be modified as necessary to bring it into compliance.

possibilité de sonder en profondeur ces éventuelles sources d'erreur ne se présente que si le déclarant comparaît pour être contre-interrogé.

[33] Au fil des ans, plusieurs exceptions ont été reconnues en common law, au motif qu'une application trop rigide de la règle d'exclusion entraverait le processus de recherche de la vérité. Comme l'explique J. H. Wigmore :

[TRADUCTION] La règle du ouï-dire repose sur la théorie [. . .] que c'est l'épreuve du contre-interrogatoire qui peut le mieux révéler et dévoiler, le cas échéant, les nombreuses sources possibles d'inexactitude et de manque de fiabilité que peut receler la simple déclaration non vérifiée d'un témoin. Mais, dans une situation donnée, cette épreuve ou cette garantie peut être superflue; il peut être suffisamment clair, dans ce cas, que la déclaration ne comporte aucun risque d'inexactitude ou de manque de fiabilité, de sorte que le contre-interrogatoire serait un exercice surérogatoire. De plus, cette épreuve peut être impossible à faire subir en raison, par exemple, du décès du déclarant, de sorte que, si on doit utiliser son témoignage, il faut l'accepter sans qu'il soit vérifié.

(*Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, §1420, cité avec approbation dans *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 929.)

[34] À partir de l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la Cour s'est écartée de la notion d'un ensemble de catégories d'exceptions à la règle du ouï-dire conçues par les tribunaux, préférant établir une approche téléologique, régie par un cadre d'analyse raisonnée, que la juge en chef McLachlin énonce en ces termes dans *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358, par. 15 :

- a) La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception à la règle du ouï-dire. Les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer.
- b) Il est possible de contester une exception à l'exclusion du ouï-dire au motif qu'elle ne présenterait pas les indices de nécessité et de fiabilité requis par la méthode d'analyse raisonnée. On peut la modifier au besoin pour la rendre conforme à ces exigences.

- (c) In “rare cases”, evidence falling within an existing exception may be excluded because the indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case.
- (d) If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*.

[35] The hearsay rule, like many others, is easier to state than to apply.

[36] No evidence is hearsay on its face. As mentioned at the outset, its admissibility depends on the *purpose* for which it is sought to be admitted. Evidence is hearsay — and presumptively inadmissible — if it is tendered to make proof of the truth of its contents.

V

[37] Plainly, in this case, the Crown adduced Sgt. Martelle’s evidence as proof of the truth of its contents. Since the declarant was not called to testify, Sgt. Martelle’s testimony constituted hearsay and was therefore presumptively inadmissible. Accordingly, in my view, the trial judge erred in failing to subject the evidence to a principled analysis.

[38] Sergeant Martelle testified, it will be recalled, that someone claiming to be a resident of 327 Guy Street called the cell phone which Sgt. Martelle had seized from Chris Baldree, asked for Mr. Baldree, and requested an ounce of marijuana for the price of \$150.

[39] I agree with Feldman J.A. that the Crown did not offer this testimony as circumstantial evidence that the respondent was engaged in drug trafficking. Rather, the Crown asked the trier of fact to conclude, based on Sgt. Martelle’s testimony, that the unknown caller intended to purchase marijuana from the respondent *because he believed the respondent to be a drug dealer*. The relevance of the statement thus hinges on the truth of the declarant’s underlying

- c) Dans de « rares cas », la preuve relevant d’une exception existante peut être exclue parce que, dans les circonstances particulières de l’espèce, elle ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis.
- d) Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d’une exception à la règle d’exclusion, elle peut tout de même être admissible si l’existence d’indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d’un voir-dire.

[35] La règle du ouï-dire, comme tant d’autres, est plus facile à énoncer qu’à appliquer.

[36] Aucune preuve ne constitue à priori du ouï-dire. Comme je le mentionne au début, son admissibilité dépend de la *fin* à laquelle elle est déposée. La preuve constitue du ouï-dire — et est présumée inadmissible — si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu.

V

[37] Manifestement, en l’espèce, le ministère public a présenté le témoignage du sergent Martelle comme preuve de la véracité de son contenu. Puisque le déclarant n’a pas été appelé à témoigner, la déposition du policier constituait du ouï-dire et, de ce fait, était présumée inadmissible. J’estime donc que le juge du procès a commis une erreur en n’examinant pas la preuve suivant la méthode d’analyse raisonnée.

[38] Rappelons que le sergent Martelle a témoigné qu’une personne, qui affirmait habiter au 327, rue Guy, a composé le numéro du téléphone cellulaire qu’il avait confisqué à Chris Baldree, a demandé à parler à ce dernier et a commandé une once de marihuana à 150 \$.

[39] Je conviens avec la juge Feldman que le ministère public n’a pas présenté ce témoignage à titre de preuve circonstancielle que l’intimé était impliqué dans le trafic de drogue. Le ministère public a plutôt demandé au juge des faits de conclure, sur la foi du témoignage du sergent Martelle, que l’auteur anonyme de l’appel avait l’intention d’acheter de la marihuana de l’intimé *parce qu’il croyait que ce dernier était un trafiquant de drogue*.

belief. Any inference that can be drawn from the statement necessarily assumes its veracity.

[40] Had the caller stated that he wanted to buy drugs from Mr. Baldree because *Mr. Baldree sells drugs*, this would have amounted to an express assertion that Mr. Baldree is a drug dealer. Thus framed, the caller's assertion would doubtless have constituted hearsay.

[41] But the caller stated instead that he was calling because he wished to *purchase drugs from Mr. Baldree*. His assertion that Mr. Baldree is a drug dealer was no less manifest in substance, though implicit rather than explicit in form. In the Crown's submission, implied assertions are not caught by the hearsay rule and the telephone conversation was presumptively admissible for that reason.

[42] In my view, the hearsay nature of this evidence cannot be made to depend on how the declarant framed his request. Such a formalistic analysis disregards the purposive approach to the hearsay rule adopted by this Court. Indeed, "it seems absurd that anything should turn on the grammatical form of the declarant's assertions": L. Dufraimont, Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331, at p. 334.

[43] There is no principled or meaningful distinction between (a) "I am calling Mr. Baldree because I want to purchase drugs from him" and (b) "I am calling Mr. Baldree because he sells drugs". In either form, this out-of-court statement is being offered for an identical purpose: to prove the truth of the declarant's assertion that Mr. Baldree sells drugs. No trier of fact would need to be a grammarian in order to understand the import of this evidence.

La pertinence de la déclaration dépend donc de la véracité de la croyance sous-jacente du déclarant. Toute inférence susceptible d'être tirée de la déclaration suppose nécessairement la véracité de celle-ci.

[40] Si l'auteur de l'appel avait dit vouloir acheter de la drogue de M. Baldree parce que *M. Baldree en vendait*, sa déclaration aurait constitué une affirmation expresse selon laquelle M. Baldree est un trafiquant de drogue. Formulée ainsi, la déclaration aurait sans aucun doute constitué du oui-dire.

[41] Or, l'auteur de l'appel a plutôt dit vouloir acheter de la drogue de M. Baldree. L'affirmation selon laquelle M. Baldree était un trafiquant de drogue n'en était pas moins manifeste dans sa substance, même si elle se présentait sous une forme implicite plutôt qu'explicite. Selon la thèse du ministère public, les affirmations implicites ne sont pas visées par la règle du oui-dire, et la conversation téléphonique était présumée admissible pour cette raison.

[42] À mon avis, la réponse à la question de savoir si cet élément de preuve constituait ou non du oui-dire ne saurait être subordonnée à la manière dont la commande est formulée. Une telle analyse formaliste fait fi de l'approche raisonnée adoptée par notre Cour à l'égard de la règle du oui-dire. En effet, [TRADUCTION] « il semble absurde que la forme grammaticale des affirmations du déclarant soit déterminante » : L. Dufraimont, Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331, p. 334.

[43] Il n'existe aucune différence de principe ou significative entre dire a) « j'appelle M. Baldree pour lui acheter de la drogue » et b) « j'appelle M. Baldree parce qu'il vend de la drogue ». Quelle que soit la manière dont elle est formulée, cette déclaration extrajudiciaire est présentée à une seule fin, à savoir prouver la véracité de l'affirmation selon laquelle M. Baldree vend de la drogue. Le juge des faits n'a pas à être grammairien pour comprendre la signification de cette preuve.

[44] The need for a functional approach to implied assertions is readily apparent, bearing in mind the core hearsay dangers of perception, memory, narration, and sincerity.

[45] It has been argued that the danger of lack of sincerity is sometimes diminished for implied assertions. This is because “[i]f a declarant possesses no intention of asserting anything, it would seem to follow that he also possesses no intention of misrepresenting anything”: P. R. Rice, “Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence” (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529, at p. 531.

[46] But the other hearsay dangers clearly remain operative, and may in fact increase when an individual “states” something by implication:

Looked at from the point of view of the four hearsay dangers, there is a much reduced risk of lies if the declarant did not intend to convey that which his statement is relied upon to prove, particularly if he it [*sic*] was not his purpose to make a representation of fact at all. But the other hearsay dangers remain, that is, the risk of misperception, false memory (unless the implied assertion concerns the declarant’s own state of mind) and ambiguity. Indeed the last danger may be magnified. When X says: “Is Z in there?” does this imply that Z is not with X and nothing more, or that Z is not with X and X wants Z, or Z is in danger, or X wants to know where Z is? *The upshot is that in many situations implied assertions depend for their value on the reliability of the declarant just as much as express assertions.* [Emphasis added.]

(H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (17th ed. 2010), at p. 889)

Moreover, even insincerity remains a concern with implied assertions:

[44] La nécessité d’adopter une approche fonctionnelle à l’égard de l’affirmation implicite ressort à l’évidence, compte tenu des dangers inhérents au ouï-dire, à savoir la perception, la mémoire, la relation du fait et la sincérité.

[45] D’aucuns soutiennent que le danger relatif à la sincérité est parfois atténué dans le cas d’une affirmation implicite. Il en est ainsi parce que [TRADUCTION] « [s]i le déclarant n’a pas l’intention d’affirmer quoi que ce soit, il devrait alors s’ensuivre qu’il ne peut avoir l’intention de déformer quoi que ce soit » : P. R. Rice, « Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence » (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529, p. 531.

[46] En revanche, il ne fait aucun doute que les autres dangers inhérents au ouï-dire demeurent présents, voire augmentent lorsqu’une personne « affirme » en quelque sorte un fait de manière implicite :

[TRADUCTION] Si l’on examine la question du point de vue des quatre dangers inhérents au ouï-dire, le risque de mensonge est considérablement réduit si le déclarant n’avait pas l’intention d’affirmer ce que sa déclaration est censée prouver, en particulier s’il n’avait aucunement l’intention de faire une déclaration de fait. Par contre, les autres dangers en matière de ouï-dire subsistent, à savoir, le risque de perception erronée, de mémoire défaillante (à moins que l’affirmation implicite ne porte sur l’état d’esprit du déclarant) et d’ambiguïté. En fait, ce dernier danger pourrait être accru. Lorsque X demande si Z est là, doit-on comprendre uniquement que Z n’accompagne pas X, ou bien que Z n’accompagne pas X et que ce dernier le cherche, ou alors que Z est en danger, ou encore que X veut savoir où se trouve Z? *En conséquence, dans de nombreux cas, la valeur de l’affirmation implicite, tout comme celle de l’affirmation expresse, est fonction de la fiabilité de son auteur.* [Italiques ajoutés.]

(H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (17^e éd. 2010), p. 889)

Qui plus est, même la question de l’insincérité se pose dans le cas d’une affirmation implicite :

If the justification for the assertive/nonassertive distinction is the absence of the insincerity problem, and through that guarantee of sincerity a reduced level of perception, memory, and ambiguity problems, this justification cannot be applied to implied statements from speech. Speech is a mechanism of communication; it is virtually always used for the purpose of communicating something to someone. It is illogical to conclude that the question of sincerity is eliminated and that the problem of unreliability is reduced for unintended implications of speech if that speech might have been insincere in the first instance, relative to the direct message intentionally communicated. If potential insincerity is injected into the utterance of words that form the basis for the implied communication, the implication from the speech is as untrustworthy as the utterance upon which it is based. [Rice, at p. 534]

[47] In short, “if the standard for comparing express and implied assertions is the quantity of dangers each entails, they are indistinguishable”: T. Finman, “Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence” (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682, at p. 689.

[48] Accordingly, there is no principled reason, in determining their admissibility, to distinguish between express and implied assertions adduced for the truth of their contents. Both function in precisely the same way. And the benefits of cross-examining the declarant are not appreciably different when dealing with one form of testimony than the other. If an out-of-court statement implicates the traditional hearsay dangers, it constitutes hearsay and must be dealt with accordingly.

[49] In the present matter, the trial judge and the dissenting judge in the Court of Appeal both found that this Court had decided otherwise in *Ly*. With respect, I disagree.

[50] *Ly* concerned the admissibility of a telephone conversation between a police officer who had called a suspected “dial-a-dope” operation and the person who answered his call. The officer had called

[TRADUCTION] Si la distinction entre l’affirmation expresse et l’affirmation implicite tient à l’absence de problème d’insincérité, et que cette garantie de sincérité se traduit par une diminution des problèmes de perception, de mémoire et d’ambiguïté, cette distinction ne saurait s’appliquer à l’affirmation implicite verbale. L’expression orale est un mécanisme de communication; elle sert pour ainsi dire toujours à transmettre un message à un interlocuteur. Il est illogique de conclure que la question de la sincérité ne se pose pas et que le problème de non-fiabilité est atténué en présence d’une affirmation implicite non intentionnelle découlant de paroles, s’il se peut que celles-ci aient été teintées d’insincérité au départ par rapport au message direct communiqué de façon intentionnelle. Si un manque éventuel de sincérité s’infiltré dans les paroles qui recèlent l’affirmation implicite, cette dernière sera aussi peu digne de foi que les paroles auxquelles elle est attribuable. [Rice, p. 534]

[47] Bref, [TRADUCTION] « si la norme qui distingue l’affirmation expresse de l’affirmation implicite porte sur le nombre de dangers que chacune entraîne, elles ne se distinguent point » : T. Finman, « Implied Assertions as Hearsay : Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence » (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682, p. 689.

[48] Par conséquent, aucune raison de principe ne permet de distinguer les affirmations explicites et implicites, pour ce qui est d’en déterminer l’admissibilité, si elles sont toutes deux présentées pour établir la véracité de leur contenu. Les deux types de preuve fonctionnent exactement de la même façon. Qui plus est, les avantages qu’offre le contre-interrogatoire du déclarant ne diffèrent pas sensiblement d’une forme de témoignage à l’autre. Si une déclaration extrajudiciaire met en jeu les dangers traditionnels inhérents au oui-dire, elle constitue du oui-dire et doit être traitée en conséquence.

[49] En l’espèce, le juge du procès et le juge dissident de la Cour d’appel ont conclu que la Cour avait tiré une conclusion différente dans *Ly*. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[50] L’affaire *Ly* portait sur l’admissibilité d’une conversation téléphonique entre un agent de police qui avait composé le numéro d’une opération soupçonnée de vente de drogue sur appel et la personne

to arrange for the purchase and delivery of drugs. And the appellant, drugs in hand, later showed up at the agreed-upon time and place — where he was promptly arrested and charged with possession of drugs for the purpose of trafficking.

[51] The trial judge characterized as hearsay, and excluded for that reason, evidence of the police officer's conversation with the person who had answered his call. On an appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal disagreed. It found that the impugned conversation was admissible as “part of the narrative”, since “[i]t was impossible to understand the development of the later events without the evidence of the telephone conversation which preceded them” ((1996), 193 A.R. 149, at para. 3).

[52] In brief oral reasons, this Court agreed with the Court of Appeal that evidence of the conversation was improperly excluded at trial. The Court noted that the conversation was tendered to explain why the appellant appeared at the designated time and place in possession of the drugs — and not, as in the case that concerns us here, for the truth of its contents: *Ly*, at para. 3.

[53] I see nothing in *Ly* to suggest — let alone decide — that an implied assertion tendered for the truth of its contents stands on a different footing, with respect to the hearsay rule, than an explicit assertion to the same effect. Unlike *Ly*, that is the issue here.

[54] And the issue now comes before us for the first time, though it has for at least half a century divided lower courts in several provinces: see, for example, *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (Ont. C.A.); *Edwards; Wilson*; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84 (C.A.); *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273

qui avait répondu à son appel. L'agent avait alors pris des dispositions pour l'achat et la livraison des substances. L'appellant s'est présenté, en possession de la marchandise, à l'endroit et à l'heure fixés et a été arrêté sans délai et accusé de possession de drogue en vue d'en faire le trafic.

[51] Le juge du procès a qualifié de ouï-dire la preuve concernant la conversation du policier avec son interlocuteur et l'a écartée pour cette raison. À l'issue de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta n'était pas de cet avis. Selon elle, la conversation en cause était admissible [TRADUCTION] dans « la chronologie des faits », vu qu'« [i]l était impossible de comprendre les incidents ultérieurs sans la preuve de la conversation téléphonique les ayant précédés » ((1996), 193 A.R. 149, par. 3).

[52] Dans les courts motifs de jugement rendus oralement, la Cour estimait, à l'instar de la Cour d'appel, que la preuve au sujet de la conversation avait été écartée à tort au procès. La Cour a signalé que celle-ci avait été présentée en preuve pour expliquer la présence de l'appellant, à l'heure et à l'endroit fixés, avec la drogue, et non pas, comme dans l'affaire qui nous intéresse, pour établir la véracité de son contenu : *Ly*, par. 3.

[53] J'estime que rien dans l'arrêt *Ly* ne permet de croire — et encore moins de trancher — qu'une affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu est traitée différemment pour l'application de la règle du ouï-dire qu'une affirmation explicite équivalente. Contrairement à l'affaire *Ly*, c'est la question qui nous occupe.

[54] Bien que nous en soyons saisis pour la première fois, cette question divise les juridictions inférieures dans plusieurs provinces depuis au moins une cinquantaine d'années : voir, par exemple, *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (C.A. Ont.); *Edwards; Wilson*; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84 (C.A.); *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. c.*

B.C.A.C. 86; *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. v. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370.

Williams, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. c. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370.

VI

[55] The highest courts of England and Wales, and Australia, have likewise concluded that the hearsay rule governs implied assertions, only to have these decisions reversed by statute: see *Kearley*; *R. v. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87 (H.C.); *Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 115; *Evidence Act 1995* (Aust.), No. 2, s. 59(1).

[56] In Canada, Parliament has not found it necessary or appropriate to adopt legislation classifying implied assertions as non-hearsay. This is, of course, entirely understandable in view of our principled and more flexible approach to exclusion.

[57] As noted by Feldman J.A., the facts in *Kearley*, the leading British decision, were similar to the facts in this case. In *Kearley*, the police raided the home of the accused on suspicion that he was selling drugs. Drugs were found, but in insufficient quantities to support an inference of drug trafficking. While the police were present at the accused's residence, they intercepted ten telephone calls from callers asking to purchase drugs from him. Seven people also came to the apartment seeking to buy narcotics.

[58] The majority of the House of Lords concluded that the drug purchase calls and the in-person statements were inadmissible hearsay. Because they were phrased as requests for drugs, the statements did not directly assert but instead implied that the accused was a drug dealer. However, whether stated expressly or impliedly, their Lordships found the information communicated to be the same. In Lord Ackner's words:

VI

[55] Les plus hauts tribunaux judiciaires de l'Angleterre, du Pays de Galles et de l'Australie ont conclu de même que la règle du ouï-dire régit les affirmations implicites, mais ces décisions ont été infirmées par voie législative : voir *Kearley*; *R. c. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87 (H.C.); *Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 44, art. 115; *Evidence Act 1995* (Austr.), n° 2, par. 59(1).

[56] Au Canada, le législateur n'a pas jugé nécessaire ni pertinent d'adopter des dispositions législatives précisant que les affirmations implicites ne constituent pas du ouï-dire. Il s'agit évidemment d'une démarche tout à fait compréhensible compte tenu de notre approche raisonnée et plus flexible en matière d'exclusion.

[57] Comme l'a mentionné la juge Feldman, les faits dans *Kearley*, l'arrêt britannique de principe, étaient semblables à ceux de l'espèce. Dans *Kearley*, la police a effectué une descente chez l'accusé parce qu'il était soupçonné de vendre de la drogue. Les policiers y ont découvert des substances illégales, mais en quantité insuffisante pour qu'ils puissent conclure au trafic de drogue. Toutefois, ils y ont intercepté dix appels provenant de personnes intéressées à lui acheter de la drogue. En outre, sept personnes se sont présentées à l'appartement pour y acheter des stupéfiants.

[58] La Chambre des lords, à la majorité, a conclu que les commandes téléphoniques de drogue et les déclarations des visiteurs constituaient une preuve par ouï-dire inadmissible. Parce qu'elles étaient énoncées comme des commandes de drogue, elles n'affirmaient pas expressément, mais sous-entendaient, que l'accusé était un trafiquant de drogue. Néanmoins, selon les lords juges, qu'elle soit communiquée expressément ou implicitement, l'information transmise était identique. Pour reprendre les propos de lord Ackner :

... if the inquirer had said in the course of making his request, “I would like my usual supply of amphetamine at the price which I paid you last week” . . . , the hearsay rule prevents the prosecution from calling police officers to recount the conversation which I have described. . . .

If [however] the simple request or requests for drugs to be supplied by the appellant, as recounted by the police, contains in substance, but only by implication, the same assertion, then I can find neither authority nor principle to suggest that the hearsay rule should not be equally applicable and exclude such evidence. What is sought to be done is to use the oral assertion, even though it may be an implied assertion, as evidence of the truth of the proposition asserted. That the proposition is asserted by way of necessary implication rather than expressly cannot, to my mind, make any difference. [pp. 363-64]

[59] Two main reasons have been urged against applying the hearsay rule to implied assertions.

[60] First, as Watt, J.A. states (at para. 83) and as the Crown argues, excluding implied assertions as hearsay has the potential of broadening the exclusionary rule, given that “[v]irtually every human action is based on some set of assumptions implicitly accepted and, on this approach, ‘asserted’ by the actor” (A.F., at para. 62, quoting *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 7-21).

[61] Second, as critics of *Kearley* have pointed out, applying the hearsay rule to implied assertions such as drug purchase calls has the potential to deprive the trier of fact of reliable evidence and thereby impede the truth-finding process: see, for example, D. Birch, “Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?”, [2004] *Crim. L.R.* 556, at pp. 564-65.

[62] The short answer to the first argument is that we are not concerned on this appeal with the application of the hearsay rule to assertions implied

[TRADUCTION] . . . si l’interlocuteur avait formulé sa demande en ces termes : « Je voudrais ma commande habituelle d’amphétamines pour le prix auquel tu me les as vendues la semaine dernière » [. . .], la règle du oui-dire empêcherait la poursuite de citer comme témoin l’agent de police pour qu’il relate cette conversation. . . .

Si [toutefois] la simple commande de drogue faite à l’appelant relatée par l’agent de police contient essentiellement la même affirmation, mais implicite seulement, je ne connais aucune source ni aucun principe voulant que la règle du oui-dire ne s’applique pas tout autant pour écarter une telle preuve. On vise à utiliser la déclaration verbale, même implicite, comme preuve de la véracité de la proposition énoncée. Le fait que cette dernière soit implicite et non formulée expressément ne saurait, à mon avis, rien changer. [p. 363-364]

[59] On a invoqué deux principales raisons qui militent contre l’application de la règle du oui-dire aux affirmations implicites.

[60] Premièrement, comme l’affirme le juge Watt de la Cour d’appel (par. 83) et comme le fait valoir le ministère public, écarter les affirmations implicites au motif qu’elles constituent du oui-dire risque d’élargir la portée de la règle d’exclusion, étant donné que [TRADUCTION] « [p]resque chaque action humaine repose sur un ensemble de présomptions acceptées de façon implicite et, suivant une telle philosophie, “affirmées” par l’acteur » (m.a., par. 62, citant *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 7-21).

[61] Deuxièmement, comme le soulignent les détracteurs de l’arrêt *Kearley*, l’application de la règle du oui-dire aux affirmations implicites, telles les commandes téléphoniques de drogue, risque de priver le juge des faits d’éléments de preuve fiables et d’entraver ainsi le processus de recherche de la vérité : voir, par exemple, D. Birch, « Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay : Same Old Story, Same Old Song? », [2004] *Crim. L.R.* 556, p. 564-565.

[62] La réponse lapidaire au premier argument est que le présent pourvoi ne porte pas sur l’application de la règle du oui-dire aux affirmations implicites

through non-verbal conduct. Our concern, rather, is with a quintessentially *verbal* statement.

[63] The issue of the applicability of the hearsay rule to inferences that can be drawn from non-verbal conduct is best left for another day. For present purposes, I find it sufficient to say that “one can engage in conduct without ever intending to communicate *anything to anyone* [but] the same is not true of speech or a combination of speech and conduct (for example, placing a bet) because the sole purpose of speech is communication”: Rice, at p. 536 (emphasis in original).

[64] The second concern mentioned above is greatly attenuated, I again emphasize, by Canada’s principled approach to hearsay.

[65] In *Kearley*, having found the evidence in that case to be hearsay, it was automatically excluded because it did not fall within a traditional exception to the hearsay rule.

[66] The Canadian approach suffers from no such inflexibility. Under our law, hearsay evidence that is not admissible under a traditional exception may nonetheless be admitted pursuant to a principled analysis of its necessity and reliability. This “sensible scheme” recognizes that “some implied assertions, like some express assertions, will be highly reliable even in the absence of cross-examination”: Finman, at p. 693. Pursuant to its terms, implied assertions that are necessary and reliable may be admitted while those that are unreliable or unnecessary will be excluded.

VII

[67] On the facts of this case, no traditional exception applies and the impugned evidence withers on a principled analysis. It satisfies neither the

déoulant d’un comportement. Il porte plutôt sur une déclaration purement *verbale*.

[63] Il vaut mieux remettre à une autre occasion l’examen de la question de l’applicabilité de la règle du oui-dire à une inférence susceptible d’être tirée d’un comportement. Dans le contexte qui nous occupe, j’estime qu’il suffit de dire qu’[TRADUCTION] « il est possible d’adopter tel ou tel comportement sans jamais avoir l’intention de communiquer *quoi que ce soit* à *quiconque* [mais] il n’en va pas de même des paroles ou d’une combinaison de paroles et de comportements (par exemple, faire un pari) parce que les paroles ont pour seule fin la communication » : Rice, p. 536 (en italique dans l’original).

[64] Le deuxième motif de préoccupation est grandement atténué, je le répète, par l’effet de l’approche raisonnée en matière de oui-dire adoptée au Canada.

[65] Dans *Kearley*, après avoir conclu que la preuve constituait du oui-dire, la Chambre des lords l’a écartée automatiquement parce qu’elle ne relevait pas d’une exception traditionnelle à la règle du oui-dire.

[66] La démarche canadienne n’est pas victime d’un tel manque de souplesse. Sous le régime du droit canadien, la preuve par oui-dire qui n’est pas admissible au titre d’une exception traditionnelle peut néanmoins être admise suivant une analyse raisonnée visant à en déterminer la nécessité et la fiabilité. Ce [TRADUCTION] « régime logique » reconnaît que « certaines affirmations implicites, tout comme certaines affirmations expresses, seront très fiables même en l’absence d’un contre-interrogatoire » : Finman, p. 693. Dans le cadre de ce régime, les affirmations implicites qui sont nécessaires et fiables peuvent être admises en preuve alors que les autres seront écartées.

VII

[67] Au vu des faits de la présente affaire, aucune exception traditionnelle ne s’applique. La preuve contestée ne résiste pas à l’analyse raisonnée; elle

requirement of necessity nor the requirement of reliability.

[68] In *Khelawon*, necessity was conceded. Justice Charron nonetheless took care to note that

in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. [para. 104]

This is the kind of “appropriate case” contemplated by *Khelawon*. And the answer is that the police *made no effort at all* to secure the evidence of the declarant: they never sought to interview or even find him, though *he gave them his address*. Moreover, there was no explanation offered as to why no efforts were made to locate the declarant.

[69] Nor is the single telephone call in this case sufficiently reliable. As Feldman J.A. found in the court below, “[t]here was no basis to say that the caller’s belief was reliable without testing the basis for that belief by cross-examination” (para. 146). Indeed, this is not a situation “in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished”: *Khelawon*, at para. 62, quoting *Wigmore on Evidence*, at §1420.

[70] In concluding as I have, I take care not to be understood to have proposed a categorical rule for drug purchase calls. Although the call at issue here does not withstand scrutiny under the principled approach, this need not always be the case.

[71] For example, where the police intercept not one but several drug purchase calls, the quantity of the calls might well suffice in some circumstances to establish reliability — indeed, while “[o]ne or two

ne satisfait ni à l’exigence de nécessité ni à celle de fiabilité.

[68] Dans l’arrêt *Khelawon*, la nécessité avait été reconnue. La juge Charron a tout de même pris la peine de signaler que

dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l’autre partie. [par. 104]

Nous sommes en présence en l’espèce du genre d’« instance appropriée » dont il est question dans l’affaire *Khelawon*. Et, le fin mot dans cette histoire, c’est que la police *n’a fait aucun effort* pour obtenir le témoignage du déclarant, n’a pas cherché à l’interroger ni même à le trouver, même si *celui-ci avait indiqué son adresse*. Qui plus est, aucun motif n’a été avancé pour expliquer l’absence d’efforts visant à dénicher le déclarant.

[69] En outre, l’appel en l’espèce ne permet pas de satisfaire au critère de fiabilité. Comme l’a conclu la juge Feldman de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [r]ien ne permet d’affirmer que la croyance de l’auteur de l’appel était fiable sans mettre à l’épreuve le fondement de cette croyance au moyen d’un contre-interrogatoire » (par. 146). En fait, il ne s’agit pas d’un cas où « on peut facilement voir qu’une telle épreuve requise [c’est-à-dire le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont en grande partie déjà été atteints » : *Khelawon*, par. 62, citant *Wigmore on Evidence*, §1420.

[70] En tirant cette conclusion, je me garde de proposer une règle catégorique applicable aux commandes téléphoniques de drogue. Bien que l’appel visé en l’espèce ne résiste pas à l’analyse raisonnée, ce ne sera pas nécessairement toujours le cas.

[71] Par exemple, dans le cas où la police intercepte non pas une mais plusieurs commandes téléphoniques de drogue, le nombre d’appels peut très bien suffire dans certaines circonstances à établir la

might [be] mistaken, or might even have conspired to frame the defendant as a dealer”, it would “def[y] belief that all the callers had made the same error or were all party to the same conspiracy”: I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4th ed. 2010), at p. 708.

[72] Moreover, the number of callers could also inform necessity. The Crown cannot be expected, where there are numerous declarants, to locate and convince most or all to testify at trial, even in the unlikely event that they have supplied their addresses — as in this case. And it is important to remember that the criteria of necessity and reliability work in tandem: if the reliability of the evidence is sufficiently established, the necessity requirement can be relaxed: see *Khelawon*, at para. 86, citing *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

[73] Here, we are presented with a single drug purchase call of uncertain reliability. The caller gave his address. No effort was made to find and interview him, still less to call him as a witness — where the assertion imputed to him could have been evaluated by the trier of fact in the light of cross-examination and the benefit of observing his demeanour.

VIII

[74] Manifestly, the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can have no application in this case, since it cannot be said that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the impugned telephone call not been admitted: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

[75] Indeed, in summing up, Crown counsel described the impugned telephone call as the strongest piece of evidence in the case (A.R., vol. IV, at p. 127). In counsel’s words, “the cell phone call placing the order seals the story as far as I’m concerned” (p. 138). Moreover, the trial judge referred to the phone call in his reasons for

fiabilité — certes, même si [TRADUCTION] « [u]ne ou deux personnes ont pu se tromper, ou bien comploter pour faire accuser le défendeur de trafic de drogue », il serait « difficile de croire que tous les interlocuteurs ont commis la même erreur ou fomentent le même complot » : I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4^e éd. 2010), p. 708.

[72] En outre, le nombre d’appels peut aussi étayer le critère de nécessité. On ne saurait s’attendre, lorsque les déclarants sont nombreux, que le ministère public les trouve et les convainque tous ou presque tous de témoigner au procès, et ce, même dans la situation peu probable où ils auraient fourni leurs adresses, comme en l’espèce. Il ne faut pas oublier que les critères de nécessité et de fiabilité vont de pair; si la preuve est suffisamment fiable, l’exigence de nécessité peut être assouplie : voir *Khelawon*, par. 86, citant *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

[73] En l’espèce, nous sommes en présence d’une seule commande téléphonique de drogue d’une fiabilité incertaine. L’auteur de l’appel a donné son adresse. La police n’a aucunement tenté de le trouver et de l’interroger, et encore moins de l’appeler à témoigner au procès — où le juge des faits aurait pu évaluer l’affirmation qu’on lui prête en lui faisant subir un contre-interrogatoire et en observant son comportement.

VIII

[74] Manifestement, la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* ne peut s’appliquer en l’espèce, vu qu’on ne saurait affirmer qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le coup de fil en cause n’avait pas été admis : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617.

[75] En effet, pour résumer, l’avocat du ministère public a qualifié l’appel téléphonique contesté d’élément de preuve le plus solide dans l’affaire (d.a., vol. IV, p. 127). Aux dires de l’avocat, [TRADUCTION] « en ce qui me concerne, la commande passée au numéro de cellulaire conclut l’affaire » (p. 138). En outre, le juge du procès a

judgment and took it into account when assessing Mr. Baldree’s credibility (A.R., vol. I, at p. 29).

[76] In this light, it can hardly be stated that the improper admission of this evidence could not have affected the result at trial.

IX

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

The following are the reasons delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[78] I join my colleague Fish J. in rejecting this drug purchase call under the principled approach to hearsay, and I agree in the main with his opinion. In particular, I agree that an implied assertion of a factual proposition is part of the “contents” of a statement for purposes of the hearsay rule. Indeed, while the parties disagree, the intervener Attorney General of Ontario advances that very view.

[79] I write separately, however, to underscore my reservations with Part VII of my colleague’s reasons, which deal with the criteria of necessity and reliability under the principled approach. In particular, I am concerned by my colleague’s approach to necessity. That criterion has its purpose, but we ought not to approach it as a box that must invariably be checked off before drug purchase calls like this one can be admitted. In such cases, the real concern is reliability — and that, in my respectful view, should be the focus of our inquiry.

mentionné l’appel dans ses motifs et en a tenu compte pour évaluer la crédibilité de M. Baldree (d.a., vol. I, p. 29).

[76] Compte tenu de ce qui précède, on ne peut guère affirmer que l’admission irrégulière de cet élément de preuve n’a pas eu d’incidence sur l’issue du procès.

IX

[77] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter l’appel, de confirmer le jugement de la Cour d’appel, d’annuler la déclaration de culpabilité de l’intimé et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[78] À l’instar de mon collègue, le juge Fish, je rejette en l’espèce la preuve relative à la commande téléphonique de drogue par application de la méthode d’analyse raisonnée en matière de oui-dire et je souscris pour l’essentiel à ses motifs. Tout particulièrement, je suis d’accord pour dire qu’une affirmation implicite d’un élément de fait est comprise dans le « contenu » d’une déclaration pour l’application de la règle du oui-dire. En effet, si les parties ne s’entendent pas sur ce point, c’est exactement ce que propose le procureur général de l’Ontario, intervenant en l’espèce.

[79] Cependant, je rédige des motifs distincts pour exprimer mes réserves sur la partie VII des motifs de mon collègue, où il traite des critères de nécessité et de fiabilité que comporte la méthode d’analyse raisonnée. Tout particulièrement, j’ai des réserves à propos de la démarche de mon collègue en matière de nécessité. Ce critère joue certes un rôle, mais un rôle qui n’est pas essentiel à l’admissibilité de commandes téléphoniques de drogue comme celle qui nous occupe en l’espèce. Dans ces cas, le véritable enjeu est celui de la fiabilité, et, à mon humble avis, c’est sur ce critère que devrait être axée notre analyse.

[80] The starting point is the recognition that we are today characterizing as hearsay — and thus presumptively inadmissible — evidence which has long been received by the courts as circumstantial evidence. It is not a step to be undertaken lightly. Nonetheless, I believe it is the right one. As my colleague observes, the characterization of a particular piece of evidence as hearsay should not hinge on the declarant’s particular choice of words (paras. 42-43). Rather, the focus should be on the existence (or non-existence) of the hearsay dangers having regard to the purpose for which the out-of-court statement is being tendered.

[81] Thus, I agree that judges must satisfy themselves of the reliability of drug purchase calls on a case-by-case basis. If the evidence is reliable, it should be admitted *because its reception will be necessary in order to get closer to the truth*. If it is not reliable, the evidence should stay out. The only difference between yesterday and today should be that in characterizing implied assertions as hearsay, we avoid the thorny debate about what the declarant did or did not intend to assert and, instead, put the focus on what truly matters in cases such as this one: “. . . whether the evidence is sufficiently reliable to warrant its reception” (A. W. Bryant, S. N. Lederman and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at p. 244).

[82] Here, for reasons I will explain, this call cannot be said to be sufficiently reliable. Accordingly, I agree that it should have been excluded.

II. Analysis

A. *The Concern Is Threshold Reliability*

[83] It is important to set the stage for the following discussion by clarifying what is actually at issue. Here, I am speaking only of *threshold* reliability, not *ultimate* reliability. At this point, a court is concerned only with whether the call exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact “a satisfactory basis for evaluating

[80] Il faut commencer par reconnaître que nous qualifions aujourd’hui de preuve par ouï-dire — et donc de preuve présumée inadmissible — des éléments que les tribunaux acceptent de longue date comme preuve circonstancielle. C’est un pas qu’il ne faut pas faire à la légère, mais je crois néanmoins que c’est le bon. Comme mon collègue le fait remarquer, qu’un élément de preuve donné soit classé ou non comme du ouï-dire ne devrait pas dépendre du choix des mots employés par le déclarant (par. 42-43). L’analyse devrait plutôt porter sur l’existence (ou l’inexistence) des dangers liés au ouï-dire, compte tenu de l’objet pour lequel la déclaration extrajudiciaire est présentée en preuve.

[81] Par conséquent, je conviens que le juge doit évaluer la fiabilité d’une commande téléphonique de drogue au cas par cas. Si la preuve est fiable, elle doit être admise, car *elle sera nécessaire pour permettre que l’on se rapproche de la vérité*. Au contraire, si elle n’est pas fiable, elle doit être écartée. La seule différence entre hier et aujourd’hui devrait tenir au fait qu’en qualifiant l’affirmation implicite de ouï-dire on évite le débat épineux consistant à déterminer ce que le déclarant avait l’intention ou non d’affirmer et on s’attache à la véritable question dans un cas comme celui qui nous occupe, c’est-à-dire celle de savoir [TRADUCTION] « si la preuve est suffisamment fiable pour justifier son admission » (A. W. Bryant, S. N. Lederman et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3^e éd. 2009), p. 244).

[82] En l’espèce, pour les raisons que j’expliquerai, l’appel ne constitue pas un élément suffisamment fiable. Partant, je conviens qu’il aurait dû être écarté.

II. Analyse

A. *C’est le seuil de fiabilité qui nous intéresse*

[83] Il importe de bien établir les paramètres de l’analyse qui suit en précisant la véritable question en litige. En l’espèce, il est uniquement question du *seuil* de fiabilité, et non de la fiabilité *en dernière analyse*. À ce stade-ci, le tribunal décide seulement si l’appel téléphonique présente suffisamment d’indices de fiabilité pour donner au juge

the truth of the statement” (*R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75). Threshold reliability exists because of a “fear . . . that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves” (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 35).

[84] But once threshold reliability is established, ultimate reliability — including what weight, if any, to attach to the evidence — is a matter for the trier of fact. As Charron J. observed in *Khelawon*, at para. 50:

Whether the hearsay statement will or will not be ultimately relied upon in deciding the issues in the case is a matter for the trier of fact to determine at the conclusion of the trial based on a consideration of the statement in the context of the entirety of the evidence.

B. *The Historical Treatment of Drug Purchase Calls*

[85] As Watt J.A. observed in his dissenting reasons at the Court of Appeal, the question about drug purchase calls — in particular, whether they may contain an implied assertion — “has played little or no role” in the jurisprudence to date (2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, at para. 53). Nonetheless, as my colleague Fish J. points out, a long line of cases have admitted evidence similar to the evidence under consideration here on the basis that it was non-hearsay (para. 54). See, e.g., *R. v. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155 (Ont. C.A.); *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (Ont. C.A.); *R. v. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318 (B.C.C.A.); *R. v. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239 (C.A.); *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII).

[86] These decisions give me pause. Can we have been wrong for so long?

des faits « une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration » (*R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75). Le seuil de fiabilité doit son existence à la « craint[e] que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu’elle n’en mérite » (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 35).

[84] Toutefois, une fois le seuil de fiabilité établi, la fiabilité en dernière analyse — notamment la question de savoir quel poids, s’il en est, accorder à la preuve — ressortit au juge des faits. Comme le fait remarquer la juge Charron dans *Khelawon*, par. 50 :

Il appartient au juge des faits de décider, à l’issue du procès, s’il s’en remettra, en fin de compte, à la déclaration relatée pour trancher les questions en litige, après l’avoir examinée en fonction de l’ensemble de la preuve.

B. *Le traitement des commandes téléphoniques de drogue à ce jour*

[85] Comme le dit le juge Watt de la Cour d’appel, dissident, la question que soulève une commande téléphonique de drogue — en particulier celle de savoir si elle est susceptible de contenir une affirmation implicite — [TRADUCTION] « n’a guère, voire jamais, joué de rôle » dans la jurisprudence à ce jour (2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, par. 53). Néanmoins, ainsi que le signale mon collègue, le juge Fish, des éléments de preuve du type de celui qui nous intéresse en l’espèce ont été admis dans une foule d’affaires, au motif qu’ils ne constituaient pas du ouï-dire (par. 54). Voir, p. ex., *R. c. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155 (C.A. Ont.); *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (C.A. Ont.); *R. c. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318 (C.A.C.-B.); *R. c. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239 (C.A.); *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII).

[86] Ces arrêts m’amènent à m’interroger. Se peut-il que nous ayons tort depuis si longtemps?

[87] Because I think it safe to conclude that judges are not in the habit of admitting evidence they deem unreliable, I am led to believe that these earlier cases rest on the conclusion — often unstated, but sometimes explicit — that drug purchase calls are inherently reliable. It may be that these decisions reflect an implicit judicial consensus, emerging from multiple decisions over multiple decades, that because such evidence is reliable more often than not, it can safely be categorized as non-hearsay. Feldman J.A. made a similar point in her reasons (para. 131).

[88] The case of *Edwards* offers a helpful example of an explicit conclusion as to the reliability of these calls. In that case, the issue was whether “a number of calls [to the accused’s phone] from people ordering small amounts of crack cocaine” were admissible to prove the accused was a drug dealer (p. 243). Although McKinlay J.A. concluded that the evidence was not being introduced to prove the truth of its contents and thus was not hearsay, in the alternative, she held that the evidence was admissible under the principled approach:

In my view, the evidence in issue fulfils these criteria. It was necessary to prove the nature of the appellant’s drug activities, and they could not have been proven in this case in any other way that was available to the police. They did not know the identity of the callers, and, in any event, it is unlikely the callers would have testified if their identity had been known. The evidence is reliable, because it was made under circumstances which negate the possibility that the requests were spurious ones. The callers were led to believe that the persons to whom they were speaking (the police) were speaking on behalf of the appellant. [Emphasis added; p. 249.]

[89] To the extent the other cases reflect McKinlay J.A.’s view about the reliability of such calls, they

[87] Comme j’estime pouvoir conclure sans risque de me tromper que les juges n’ont pas l’habitude d’admettre des preuves qu’ils ne tiennent pas pour fiables, je suis porté à croire que ces arrêts antérieurs reposent sur la conclusion — souvent implicite, mais parfois expresse — que les commandes téléphoniques de drogue sont intrinsèquement fiables. Il se peut que ces arrêts reflètent un consensus judiciaire implicite — ressorti de multiples décisions rendues sur de multiples décennies — voulant que, comme ce type de preuve se révèle fiable plus souvent qu’autrement, on puisse considérer sans danger qu’il ne constitue pas du oui-dire. La juge Feldman de la Cour d’appel a présenté une thèse semblable dans ses motifs (par. 131).

[88] L’arrêt *Edwards* constitue un bon exemple d’une conclusion expresse quant à la fiabilité de ce genre d’appels. Il s’agissait dans cette affaire de déterminer si [TRADUCTION] « un certain nombre d’appels [faits au numéro de téléphone de l’accusé] provenant de personnes intéressées à acheter de petites quantités de crack » étaient admissibles pour prouver que l’accusé était un trafiquant de drogue (p. 243). Bien que la juge McKinlay de la Cour d’appel ait statué que la preuve n’était pas présentée pour démontrer la véracité de son contenu et, partant, ne constituait pas du oui-dire, subsidiairement, elle a conclu à l’admissibilité de la preuve en application de la méthode d’analyse raisonnée :

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve en cause respecte ces critères. Il était nécessaire de prouver la nature des activités de l’appelant relatives à la drogue, et il n’existait en l’espèce aucun autre moyen pour la police de le faire. La police ne connaissait pas l’identité des auteurs des appels et, de toute manière, même si leur identité avait été connue, il aurait été improbable qu’ils acceptent de témoigner. La preuve est fiable parce qu’elle a été recueillie dans des circonstances écartant toute possibilité de commandes fallacieuses. Les auteurs des appels ont été amenés à croire que leurs interlocuteurs (les policiers) agissaient pour le compte de l’appelant. [Je souligne; p. 249.]

[89] Dans la mesure où les autres affaires reflètent le point de vue de la juge McKinlay de la

align with explicit conclusions to the same effect made by regulation or statute in other jurisdictions. See, e.g., *Federal Rules of Evidence* (U.S.), Rule 801; *Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 115. As one leading treatise on the U.S. *Federal Rules of Evidence* observed in explaining the Rules' blanket exclusion of implied assertions from the definition of hearsay:

. . . when a person acts in a way consistent with a belief but without intending by his act to communicate that belief, one of the principal reasons for the hearsay rule — to exclude declarations whose veracity cannot be tested by cross-examination — does not apply, because the declarant's sincerity is not then involved. [Emphasis added.]

(J. B. Weinstein and M. A. Berger, *Weinstein's Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts* (loose-leaf), vol. 4, at § 801(a)(01))

See also *McCormick on Evidence* (7th ed. 2013), vol. 2 (arguing the Rule 801 definition is “a compromise between theory and the need for a relatively simple and workable definition in situations where hearsay dangers are generally reduced”, at pp. 208-9); I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4th ed. 2010) (arguing that because “hearsay dangers are often significantly reduced in cases of implied assertions, there is no compelling systemic reason for applying the hearsay rule to them”, at p. 710).

[90] Indeed, the Law Reform Commission of Canada's proposed *Evidence Code* of 1975 proceeded on the same basis. Its definition of hearsay thus excluded implied assertions, whether verbal or non-verbal. See *Evidence Code*, s. 27(2)(b) in *Report on Evidence* (1975). The commissioners — including Antonio Lamer, who would go on to become a principal architect of the principled approach to hearsay — concluded:

Cour d'appel sur la fiabilité de ce genre d'appels, elles vont dans le même sens que les dispositions réglementaires et législatives expresses adoptées à cet égard dans d'autres ressorts. Voir, p. ex., *Federal Rules of Evidence* (É.-U.), règle 801; *Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 44, art. 115. Un traité reconnu des *Federal Rules of Evidence* des États-Unis explique ainsi l'exclusion générale des affirmations implicites de la définition du ouï-dire prévue dans les règles :

[TRADUCTION] . . . prenons le cas d'une personne qui pos un geste sur la foi d'une croyance, mais sans avoir l'intention de communiquer cette croyance par son geste. L'une des principales raisons qui sous-tendent la règle du ouï-dire — à savoir écarter les déclarations dont la véracité ne peut subir l'épreuve du contre-interrogatoire — ne s'applique pas, car la sincérité du déclarant n'est alors pas mise en cause. [Je souligne.]

(J. B. Weinstein et M. A. Berger, *Weinstein's Evidence : Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts* (feuilles mobiles), vol. 4, § 801(a)(01))

Voir également *McCormick on Evidence* (7^e éd. 2013), vol. 2 (selon qui la définition prévue à la règle 801 constitue [TRADUCTION] « un compromis entre la théorie et le besoin d'établir une définition relativement simple et applicable aux situations où les dangers liés au ouï-dire sont généralement atténués », p. 208-209); I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4^e éd. 2010) (selon qui puisque [TRADUCTION] « les dangers liés au ouï-dire sont souvent considérablement atténués dans le cas d'une affirmation implicite, aucune raison systémique ne milite en faveur de l'application de la règle du ouï-dire à ce genre d'affirmation », p. 710).

[90] En effet, le *Code de la preuve* proposé en 1975 par la Commission de réforme du droit du Canada s'inscrivait dans la même lignée. Sa définition du ouï-dire excluait donc l'affirmation implicite — verbale ou non. Voir l'al. 27(2)(b) du *Code de la preuve* dans le *Rapport sur la preuve* (1975). Les commissaires, dont Antonio Lamer, qui est par la suite devenu l'un des principaux architectes de la méthode d'analyse raisonnée applicable au ouï-dire, ont conclu en ces termes :

Under the definition, . . . a person's words or conduct are not hearsay if he did not intend them to be assertive. In assessing the reliability of such evidence account may have to be taken of the dangers of hearsay evidence. . . . [U]nlike conscious assertions, a person is seldom likely to be deliberately misleading when he engaged in non-assertive activity, which is the most important danger associated with hearsay. In defining hearsay to exclude non-assertive conduct the Code follows the better view of the present law. [Emphasis added; p. 69.]

[91] The above reasoning, however, suffers from one important drawback. That is because when we speak about hearsay in a case such as this one, a distinction must be drawn between the *fact* that something is true and the declarant's *belief* that it is true. As Professor McCormick observed:

It is only where the statement is offered as the basis for the inferences, first, that the declarant *believed* it, and, second, that the facts were in accordance with his belief, that the evidence is hearsay. [Emphasis in original.]

(C. T. McCormick, "The Borderland of Hearsay" (1930), 39 *Yale L.J.* 489, at p. 490)

[92] Our concerns with respect to the reliability of the hearsay statement are thus two-fold. First, there is the concern that the declarant may not *believe* what she is saying and thus may be consciously lying (the sincerity hearsay danger). Second, even though she may believe what she says, she may be *mistaken about the facts* of what she is saying (the perception, memory, and narration dangers). As some scholars have observed, it is this second concern that has at times been overlooked. See, e.g., S. Schiff, "Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule: A Functional View" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 674, at p. 683, fn. 33 (criticizing the *Evidence Code* definition for "ignor[ing] every reason for the hearsay rule except the danger that the declarant may have been insincere").

. . . comme le précise la définition, le comportement d'un individu ou les paroles prononcées par lui ne constituent pas du oui-dire s'il n'avait pas l'intention de leur conférer valeur d'affirmation. Il n'en demeure pas moins qu'en évaluant la fiabilité de ce genre de preuve, on peut avoir à tenir compte des risques inhérents à la preuve de oui-dire. [. . .] [À] l'encontre d'une assertion faite consciemment, une activité n'ayant pas valeur d'affirmation cherche rarement à induire en erreur; or c'est ce qui constitue le principal danger associé au oui-dire. En excluant le comportement qui ne tient pas lieu d'affirmation, la définition contenue au présent Code adopte l'optique la meilleure. [Je souligne; p. 78.]

[91] Cependant, ce raisonnement présente une lacune importante. C'est qu'il faut distinguer lorsqu'il s'agit de oui-dire, comme en l'espèce, entre le *fait* qu'un élément est vrai et la *croyance* du déclarant quant à la véracité de cet élément. Pour reprendre les propos du professeur McCormick :

[TRADUCTION] C'est seulement lorsque la déclaration est présentée pour appuyer les inférences selon lesquelles le déclarant y *ajoute foi*, premièrement, et que les faits confirment cette croyance, deuxièmement, que la déclaration constituera du oui-dire. [En italique dans l'original.]

(C. T. McCormick, « The Borderland of Hearsay » (1930), 39 *Yale L.J.* 489, p. 490)

[92] Ainsi, nos préoccupations relatives à la fiabilité d'une déclaration relatée sont de deux ordres. Premièrement, il se peut que la déclarante ne *croie* pas ce qu'elle affirme et donc qu'elle mente sciemment (le danger relatif à la sincérité). Deuxièmement, même si elle croit ce qu'elle affirme, il se peut qu'elle *se trompe sur les faits* qu'elle relate (les dangers relatifs à la perception, à la mémoire et à la relation du fait). Comme le font remarquer certains auteurs, c'est cette deuxième préoccupation qui a parfois été négligée. Voir, p. ex., S. Schiff, « Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule : A Functional View » (1978), 56 *R. du B. can.* 674, p. 683, note 33 (où l'auteur critique la définition élaborée dans le *Code de la preuve* parce qu'elle [TRADUCTION] « fait fi de toutes les raisons justifiant l'application de la règle du oui-dire sauf le danger d'insincérité du déclarant »).

[93] It seems to me that this second ground of concern is what led to the decision in *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.). In that case, the Crown sought to tender evidence that while the police were at the accused's home, "a man came to the door asking for 'Rob' and seeking to buy drugs" (p. 104). The accused's name was Robert Wilson. The trial judge admitted the evidence on the strength of *Edwards*, but the Court of Appeal reversed. McMurtry C.J.O. reasoned that it was "dangerous" and "unsafe" to draw an inference that the accused was a drug dealer from a single visit (pp. 104-5).

[94] Significantly, however, McMurtry C.J.O. was untroubled by the result in *Edwards*. In his view, the evidence of "ten separate calls" in that case permitted an "irresistible inference" about the nature of that accused's activities (p. 104). Thus, while it is possible that one individual could be mistaken in believing that the person he called (or called on) was a drug dealer, one would be hard-pressed to conclude that *ten* such people could *all* be mistaken. See D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at pp. 111-12; Dennis, at pp. 707-9.

[95] In other words, the distinction between *Edwards* and *Wilson* is that the evidence in one case was judged to be *reliable* and the evidence in the other was not. It was that assessment that dictated the answer with respect to admissibility — and that, as I see it, is the assessment we should be focusing on.

C. *What Is the Role of Necessity?*

[96] I turn then to the question of necessity. It bears recalling that "the central reason for the presumptive exclusion of hearsay statements is the general inability to test their reliability" (*Khelawon*, at para. 2 (emphasis added)). That, of course, is not to suggest that we have ousted necessity as a prerequisite to the admission of hearsay evidence. We have not. But what we have said is that

[93] Il me semble que cette deuxième préoccupation a mené à la décision dans l'arrêt *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.). Dans cette affaire, le ministère public cherchait à faire admettre une preuve révélant que, pendant que les policiers se trouvaient au domicile de l'accusé, [TRADUCTION] « un homme s'est présenté à la porte pour voir "Rob" et acheter de la drogue » (p. 104). L'accusé s'appelait Robert Wilson. Le juge du procès a admis la preuve, suivant l'arrêt *Edwards*, mais la Cour d'appel a infirmé sa décision. De l'avis du juge McMurtry, juge en chef de l'Ontario, il était [TRADUCTION] « hasardeux » et « imprudent » de conclure d'une seule visite que l'accusé vendait de la drogue (p. 104-105).

[94] Fait intéressant cependant, le juge McMurtry n'était nullement déconcerté par le résultat dans l'affaire *Edwards*. À son avis, dans ce cas, la preuve de [TRADUCTION] « dix appels distincts » entraînait « irrésistiblement une inférence » quant à la nature des activités de l'accusé (p. 104). Certes, s'il est possible qu'une personne croie à tort que le destinataire de son appel (ou de sa visite) est un trafiquant de drogue, on peut difficilement conclure que *dix* personnes pourraient *toutes* s'être trompées. Voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 111-112; Dennis, p. 707-709.

[95] Autrement dit, ce qui distingue *Edwards* de *Wilson* est le fait que la preuve a été jugée *fiable* dans un cas et non dans l'autre. Cette appréciation a dicté la décision sur l'admissibilité, et, à mon avis, c'est à une telle appréciation que nous devons nous attacher.

C. *Quel est le rôle du critère de nécessité?*

[96] J'en viens donc à la question de la nécessité. Il vaut la peine de rappeler que « l'exclusion dont les déclarations relatées sont présumées faire l'objet tient essentiellement à l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité » (*Khelawon*, par. 2 (je souligne)). Bien sûr, il ne faut pas entendre par là que le critère de nécessité ne constitue plus un élément préalable à l'admission de la preuve par

“necessity and reliability should not be considered in isolation” because “[o]ne criterion may have an impact on the other” (para. 77). Indeed, we have recognized that “[i]n the interest of seeking the truth, the very high reliability of [a] statement [can render] its substantive admission necessary” (para. 86 (emphasis added), citing *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764). That is the principle I would apply here.

[97] My colleague, however, sees a broader role for necessity in cases such as this one. He quotes Charron J. in *Khelawon*, at para. 104, for the proposition that “in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party” (emphasis added). On that basis, he concludes, at para. 68:

This is the kind of “appropriate case” contemplated by *Khelawon*. And the answer is that the police *made no effort at all* to secure the evidence of the declarant: they never sought to interview or even find him, though *he gave them his address*. [Italics in original; underlining added.]

[98] With respect, I am not at all sure that this is the kind of “appropriate case” Charron J. had in mind when she said what she said in *Khelawon*.

[99] The declarant in *Khelawon* was a frail 81-year-old who was living in a retirement home after having suffered a stroke. He died before trial and thus could not be called to testify, but the Crown sought to introduce, under the principled approach, an unsworn videotaped statement he made to the police during the course of their investigation. It was in that context that Charron J. observed, at para. 104:

ouï-dire, ce qui serait faux. Du reste, la Cour a dit que « la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément » parce qu’« [u]n critère peut influencer sur l’autre » (par. 77). En effet, elle a reconnu que « [p]ar souci de recherche de la vérité, il [peut se révéler] nécessaire d’admettre quant au fond [une] déclaration en raison de sa très grande fiabilité » (par. 86 (je souligne), renvoyant aux arrêts *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764). C’est le principe que je suis d’avis d’appliquer en l’espèce.

[97] Cependant, mon collègue attribue au critère de nécessité un rôle élargi dans un cas comme en l’espèce. Il cite les propos de la juge Charron dans *Khelawon*, par. 104, selon qui : « . . . dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l’autre partie » (je souligne). De ce passage, mon collègue tire la conclusion suivante, au par. 68 :

Nous sommes en présence en l’espèce du genre d’« instance appropriée » dont il est question dans l’affaire *Khelawon*. Et, le fin mot dans cette histoire, c’est que la police *n’a fait aucun effort* pour obtenir le témoignage du déclarant, n’a pas cherché à l’interroger ni même à le trouver, même si *celui-ci avait indiqué son adresse*. [En italique dans l’original; je souligne.]

[98] En toute déférence, je ne suis pas du tout convaincu que nous sommes en présence du genre d’« instance appropriée » que la juge Charron avait à l’esprit quand elle a rédigé ce passage dans *Khelawon*.

[99] Dans l’affaire *Khelawon*, le déclarant était un vieillard frêle de 81 ans qui vivait dans une résidence pour personnes âgées depuis un accident vasculaire cérébral. Il est décédé avant la tenue du procès et ne pouvait donc être cité à témoigner. Toutefois, le ministère public a demandé que soit admise, en application de la méthode d’analyse raisonnée, une déclaration vidéo faite sans prêter serment par le déclarant à la police au cours de l’enquête. C’est dans ce contexte que la juge Charron a fait la remarque suivante, au par. 104 :

Although Mr. Skupien was elderly and frail at the time he made the allegations, there is no evidence that the Crown attempted to preserve his evidence by application under ss. 709 to 714 of the *Criminal Code*. He did not testify at the preliminary hearing. The record does not disclose if he had died by that time. In making these comments, I do not question the fact that it was necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien’s evidence in hearsay form. Necessity is conceded. However, in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. That issue is not raised here. [Emphasis added.]

[100] It seems to me that Charron J. was making the point that even though the police should reasonably have anticipated that the declarant might not be able to attend the trial — “Mr. Skupien was elderly and frail” — they did nothing to secure his evidence in a better form even though they knew he was likely to be cooperative and forthcoming. As Charron J. noted, ss. 709 to 714 of the *Criminal Code* “expressly contemplate this eventuality and provide a procedure for the taking of the evidence before a commissioner in the presence of the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused” (para. 7 (emphasis added)).

[101] The facts in *Khelawon* are thus a far cry from the facts in the case at hand — and because of that, care should be taken before we start accepting that a perfectly reasonable request of the police in one set of circumstances will necessarily translate into an equally reasonable request in other circumstances.

[102] And that, in my respectful view, is where the analogy to *Khelawon* breaks down. In *Khelawon*, the police were dealing with a known declarant who was fully cooperative and forthcoming. Here, the declarant was unknown and even if the police had been able to find him — a big “if” — there is no reason to believe that he would have been forthcoming and cooperative. Indeed, the opposite is more likely to be true.

Même si M. Skupien était âgé et frêle au moment de ses allégations, rien ne prouve que le ministère public a tenté de préserver son témoignage en application des art. 709 à 714 du *Code criminel*. M. Skupien n’a pas témoigné à l’enquête préliminaire. Le dossier n’indique pas s’il était décédé à cette époque. En faisant ces commentaires, je ne mets pas en question la nécessité pour le ministère public de recourir au témoignage sous forme relatée de M. Skupien. Je reconnais que c’était nécessaire. Toutefois, dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l’autre partie. Cette question ne se pose pas en l’espèce. [Je souligne.]

[100] Il me semble que la juge Charron voulait préciser que, même si les policiers auraient raisonnablement dû s’attendre à ce que le déclarant ne puisse assister au procès — « M. Skupien était âgé et frêle » —, ils n’ont pris aucune mesure pour obtenir de lui une déclaration améliorée sur le plan de la forme, et ce, sachant qu’il serait probablement disposé à collaborer. Comme le fait remarquer la juge Charron, les art. 709 à 714 du *Code criminel* « envisagent expressément cette éventualité et établissent une procédure de prise de déposition par un commissaire en présence de l’accusé ou de son avocat, ce qui permet de préserver à la fois la preuve et les droits de l’accusé » (par. 7 (je souligne)).

[101] Ainsi, les faits de l’affaire *Khelawon* sont très différents de ceux de la présente espèce. C’est pourquoi il ne faut pas accepter d’emblée qu’une demande adressée à la police et jugée parfaitement raisonnable dans un cas le sera nécessairement dans un autre.

[102] À mon humble avis, c’est là que l’analogie avec l’affaire *Khelawon* s’arrête. La police y traitait avec un déclarant connu qui était tout à fait disposé à collaborer. En l’espèce, le déclarant n’était pas connu et, même si la police avait pu le repérer — ce dont je doute grandement — rien n’indique qu’il aurait été disposé à collaborer. En fait, le contraire est plus probable.

[103] With that in mind, it bears recalling that, as Charron J. herself observed shortly after *Khelawon*, the test for necessity is not whether the hearsay statement is the best form of the evidence (for that will always be live testimony), but whether it is the “best available form” in the circumstances (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 79 (emphasis added)).

[104] The question that arises then is: Should we be requiring the police, in the name of necessity, to track down unknown and often unknowable declarants, who are unlikely to be found and unlikely to be forthcoming and cooperative in the event they are found?

[105] The answer, I believe, is found in *Edwards*, where McKinlay J.A. observed:

[The police] did not know the identity of the callers, and, in any event, it is unlikely the callers would have testified if their identity had been known. [p. 249]

In my respectful view, McKinlay J.A.’s logic remains sound, even on the facts here.

[106] Although it is true the police in this case had the benefit of the caller’s address, the caller’s identity was still unknown. Surely, the police were not going to show up at 327 Guy St. and ask who there was looking to buy drugs from Chris Baldree. Apart from officer safety concerns, the likelihood of the police finding the declarant would seem slim. And the prospect of the declarant being forthcoming and cooperative, if found, would seem even slimmer. An undercover drug buy would be even more problematic, given the number of officers who would be needed to see it through and the obvious risks to the officer safety inherent in such an operation.

[103] À la lumière de ce qui précède, il vaut la peine de rappeler — et c’est ce que la juge Charron a affirmé elle-même peu de temps après la publication de l’arrêt *Khelawon* — que le critère de nécessité vise à déterminer non pas si la déclaration relatée constitue la meilleure forme de preuve (car le témoignage de vive voix l’est toujours), mais s’il s’agit de « la meilleure forme possible » dans les circonstances (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 79 (je souligne)).

[104] La question qui se pose alors est la suivante : faut-il exiger de la police, au nom de la nécessité, qu’elle dénicher un déclarant inconnu — et souvent impossible à identifier — qui sera probablement impossible à trouver et — à supposer qu’il soit trouvé — ne sera probablement pas disposé à collaborer?

[105] La réponse à cette question se trouve à mon avis dans les motifs de la juge McKinlay de la Cour d’appel dans l’arrêt *Edwards* :

[TRADUCTION] [La police] ne connaissait pas l’identité des auteurs des appels et, de toute façon, si elle l’avait connue, il est peu probable qu’ils eussent témoigné. [p. 249]

À mon humble avis, la logique de la juge McKinlay tient, même au vu des faits de l’espèce.

[106] Certes, il est vrai qu’en l’espèce la police disposait de l’adresse de l’auteur de l’appel, mais elle ne connaissait pas son identité. La police n’allait tout de même pas se présenter au 327, rue Guy, pour demander laquelle des personnes qui s’y trouvaient voulait acheter de la drogue de Chris Baldree. Mis à part les préoccupations liées à la sécurité des agents, notons que les chances que la police trouve le déclarant semblent limitées, et les chances que ce dernier soit disposé à collaborer, le cas échéant, le sont davantage encore. L’organisation d’une opération secrète d’achat de drogue poserait d’autres problèmes, étant donné le nombre d’agents nécessaires pour la mener et les risques évidents pour la sécurité de ces derniers inhérents à ce genre d’opérations.

[107] Under either option, the game would hardly be worth the candle. And that, in my view, provides a full answer to the concern that the police offered no explanation as to why they made no efforts to locate the declarant. With respect, no explanation was necessary — common sense provides one. If there is little chance of finding the declarant, and little chance that, if found, he or she will be forthcoming and provide the police with evidence in a better form than the call itself (such as a *B. (K.G.)* statement or testimony in court), the necessity criterion will have been met.

[108] Equally problematic is the suggestion by my colleague that *even where there are multiple callers*, the police could be expected to go out and seek to persuade *at least some* of them to testify (para. 72). With respect, absent evidence of collusion, I see that as being wasteful. It amounts to little more than tipping our hat to necessity for necessity's sake. That has not been, and should not be, what the test for necessity requires.

[109] At bottom, the point is that the necessity criterion is not meant to stifle the admission of reliable evidence. Rather, it is “founded on society’s interest in getting at the truth” (*Khelawon*, at para. 49). Necessity should be viewed as a servant of the truth, not its master. For that reason, in cases such as this one — where the prospect of locating, identifying, and receiving accurate information from a forthcoming and cooperative caller is remote — if the evidence is reliable, it should be admitted because its reception into evidence will be necessary in order to get closer to the truth. If the evidence is not reliable, it should be excluded. Either way, in my view, the focus should be reliability.

D. *Was This Call Reliable?*

[110] The reliability of a particular hearsay statement can be tested by looking at, among other

[107] Dans un cas comme dans l’autre, le jeu n’en vaudrait guère la chandelle. Et cela, selon moi, suffit pour répondre pleinement à la préoccupation concernant l’absence d’explication fournie par la police quant à sa décision de ne prendre aucune mesure pour trouver le déclarant. En toute déférence, j’estime qu’aucune explication n’était nécessaire si ce n’est celle que dicte le bon sens. S’il y a peu de chances de trouver le déclarant et, le cas échéant, peu de chances qu’il soit disposé à fournir à la police une preuve d’une qualité supérieure à l’appel téléphonique en soi (p. ex. une déclaration de type *B. (K.G.)* ou un témoignage de vive voix), il aura été satisfait au critère de nécessité.

[108] La suggestion de mon collègue selon laquelle, *même dans les cas présentant de multiples appels*, on pourrait s’attendre de la police qu’elle trouve et tente de persuader *au moins quelques-uns* des auteurs de témoigner (par. 72) pose également problème. En toute déférence, je considère une telle action, si elle n’est pas justifiée par des indices de collusion, comme étant inutile. Ce n’est rien d’autre qu’une mesure prise pour la forme. Ce n’est pas ce qu’exige — et ce que devrait exiger — le critère de nécessité.

[109] Au fond, le fait est que ce critère ne vise pas à entraver l’admission d’éléments de preuve fiables. Au contraire, il « repose sur l’intérêt qu’a la société à découvrir la vérité » (*Khelawon*, par. 49). La nécessité est au service de la vérité, elle ne prévaut pas contre elle. C’est pourquoi, dans un cas comme celui qui nous occupe — où les chances de dénicher et d’identifier l’auteur d’un appel, de trouver en lui un témoin disposé à collaborer et d’obtenir de sa part des renseignements exacts sont minces —, la preuve qui se révèle fiable devrait être admise, car elle sera nécessaire pour permettre que l’on se rapproche de la vérité. Par contre, si la preuve n’est pas fiable, elle doit être écartée. D’une manière ou d’une autre, l’analyse doit à mon avis être axée sur la fiabilité.

D. *L’appel en l’espèce était-il fiable?*

[110] On peut évaluer la fiabilité d’une déclaration relatée au regard, entre autres, des circonstances

things, the circumstances in which the statement came about. One may look for indicia of reliability within the four corners of the statement. The law also provides that indicia of reliability may be found outside the statement in the form of confirmatory evidence (*Khelawon*, at para. 100).

[111] The Crown maintains that this call was sufficiently reliable to warrant its reception. In particular, the Crown relies on the absence of any evidence that “the caller was motivated by anything other than a desire to purchase drugs” and the argument that the “spontaneity of the conversation was made under circumstances where an intentional lie was remote” (A.F., at para. 82).

[112] This argument has something to it. As I indicated above, there is good reason to believe that the sincerity hearsay danger is reduced in cases such as this one. That said, Mr. Baldree argues that the circumstances in which this call came about are sufficient to warrant concern that this call may have been “made to throw suspicion” on him (R.F., at para. 85).

[113] As the record reveals, there was initially some uncertainty about the respective roles of Mr. Baldree and the other Chris in this case, Christopher Anderson, as to the drugs found in the apartment. Sgt. Martelle testified that Mr. Anderson was known to be “deal[ing] in . . . those types of drugs” (A.R., vol. II, at p. 106). He was apparently a man of some repute, known “on the streets” as “the Mexican” (p. 59).

[114] On its own, Mr. Baldree’s argument is insufficient to impugn the reliability of this call. He has not suggested, for example, how Mr. Anderson or anyone else could have arranged for a fabricated call when the police seized all cell phones at the time of the arrests and no persons were released by the police until *after* the call was received. Had either of Mr. Anderson’s two associates been released by the police *before* the call was received on

y ayant donné naissance. On peut sonder les termes mêmes de la déclaration pour y déceler des indices de fiabilité. Le droit prévoit également la possibilité de trouver de tels indices au-delà de la déclaration, sous la forme d’une preuve corroborante (*Khelawon*, par. 100).

[111] Selon le ministère public, l’appel était suffisamment fiable pour en justifier l’admission. Tout particulièrement, il invoque l’absence de toute preuve tendant à démontrer que [TRADUCTION] « l’auteur de l’appel était animé par quoi que ce soit d’autre que l’envie d’acheter de la drogue » et l’argument selon lequel « la spontanéité de la conversation témoigne de circonstances où la possibilité d’un mensonge intentionnel était infime » (m.a., par. 82).

[112] L’argument présente un certain intérêt. Comme on l’a vu, il existe de bonnes raisons de croire que le danger relatif à la sincérité est atténué dans un cas comme la présente espèce. Cela étant dit, M. Baldree fait valoir que les circonstances entourant l’appel suffisent pour soulever une préoccupation quant à la possibilité que le coup de fil ait [TRADUCTION] « visé à éveiller les soupçons » à son égard (m.i., par. 85).

[113] Selon le dossier, une certaine incertitude régnait au départ sur les rôles respectifs des deux Chris — Baldree et Anderson — en rapport avec la drogue découverte dans l’appartement. Dans son témoignage, le sergent Martelle a déclaré que M. Anderson était connu pour [TRADUCTION] « vend[re] [. . .] ce genre de drogue » (d.a., vol. II, p. 106). Il semblait jouir d’une certaine réputation, connu « dans la rue » sous le surnom « le Mexicain » (p. 59).

[114] L’argument de M. Baldree ne suffit pas à lui seul à mettre en doute la fiabilité de l’appel. Par exemple, il n’a pas tenté d’expliquer comment M. Anderson — ou quiconque — aurait pu orchestrer le coup de fil trompeur alors que la police avait confisqué tous les téléphones cellulaires en procédant aux arrestations et que les autres n’ont été remis en liberté qu’*après* l’appel. Si la police avait relâché l’un des deux acolytes de M. Anderson

Mr. Baldree's phone, it would have been a different matter. But those are not our facts.

[115] I caution thus against inferring suspicious circumstances in these types of cases absent any evidence suggesting as much. If that were our approach, many of our time-tested hearsay exceptions would unravel. To state the obvious, a dying man does not lose his ability to lie. And yet, in the case of dying declarations, we do not indulge in speculation about potential fabrication. Instead, the law recognizes that a motive to lie in such circumstances is at best remote (*R. v. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352 (K.B.), at p. 353). In other words, we recognize a norm of human behaviour for what it is — a norm.

[116] In sum, because our rules are not designed around theoretical possibilities but practical realities, a drug purchase call by mere dint of being a drug purchase call should not raise suspicions of fabrication. While the onus remains on the proponent of the evidence to establish that the evidence is sufficiently reliable to warrant its reception, I would suggest that “it falls to the person opposing the evidence to show circumstances of suspicion” (*R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, at para. 8, *per* McLachlin C.J.). Here, the record does not reveal a sufficient basis to worry about the circumstances in which the call to Mr. Baldree's phone came about.

[117] Examining the sincerity of this caller's belief, however, does not end the matter — and ultimately this is where the Crown's argument in this case falls short.

[118] Here, the Crown sought to introduce the drug purchase call to establish not merely that the caller *believed* that Mr. Baldree was a drug trafficker (evidence of limited value to the Crown's case), but that Mr. Baldree was *in fact* a drug trafficker

avant l'appel au numéro de M. Baldree, il en aurait été autrement, mais ce n'était pas le cas.

[115] Par conséquent, il faut s'abstenir de conclure à des circonstances suspectes dans ce genre de cas en l'absence de tout élément de preuve en ce sens. Si notre démarche permettait de telles inférences, nombre des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ne tiendraient plus. Il va sans dire qu'un homme à l'article de la mort a toujours la faculté de mentir. Et pourtant, dans le cas de la déclaration d'un mourant, on ne se perd pas en conjectures sur la possibilité d'une fausse déclaration. Au contraire, il est reconnu en droit que les raisons susceptibles de pousser au mensonge dans de telles circonstances sont tout au plus infimes (*R. c. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352 (B.R.), p. 353). Autrement dit, on reconnaît une norme régissant le comportement humain pour ce qu'elle est, à savoir une norme.

[116] Bref, nos règles étant élaborées en fonction non pas de possibilités hypothétiques, mais bien de réalités pratiques, une commande téléphonique de drogue, de par sa simple nature, ne devrait pas éveiller de soupçons quant à son authenticité. S'il incombe à la personne voulant faire admettre la preuve de démontrer que cette dernière est suffisamment fiable pour que son admission se justifie, à mon avis « il incombe à la personne qui s'oppose à l'admission de la preuve de démontrer l'existence de circonstances douteuses » (*R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 8, la juge en chef McLachlin). En l'espèce, le dossier ne présente pas suffisamment d'éléments pour justifier qu'on se soucie des circonstances entourant l'appel fait au numéro de M. Baldree.

[117] Cependant, apprécier la sincérité de la croyance de l'auteur du coup de fil ne permet pas de régler la question, et, finalement, c'est en quoi l'argument du ministère public ne me convainc pas.

[118] En l'espèce, le ministère public tentait de faire admettre en preuve la commande téléphonique de drogue pour démontrer, non pas simplement que l'auteur de l'appel *croyait* que M. Baldree était un trafiquant de drogue (un élément d'une valeur

(evidence of significant value). Indeed, though he characterized it as circumstantial evidence, the trial judge here correctly recognized that the evidence was being used to establish that *Mr. Baldree was “engaged in the trafficking of drugs”* (A.R., vol. I, at p. 23 (emphasis added)). It was on the basis of *that fact* that the Crown sought an inference that Mr. Baldree was in possession of the cocaine and marijuana found in the apartment.

[119] The problem with the Crown’s argument is that it says little about the reliability of the assertion that Mr. Baldree is in fact a drug trafficker. The argument is more successful with respect to the fact that the caller *intended to purchase drugs*. Accordingly, the statement would have been admissible as a statement of present intention if the Crown had sought to introduce it for *that purpose* (see, e.g., *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698). But, as Feldman J.A. observed, that is not why the Crown sought to introduce this evidence (para. 144).

[120] Put another way, the problem with the Crown’s argument is that even if the caller was entirely sincere in his belief that Mr. Baldree was a drug dealer, that does not address *why the caller believed what he believed* — and whether his belief was in fact true or not. This is not a case of multiple calls, where common sense tells us that the probability of numerous callers all being mistaken is unlikely. Nor do we have sufficient indicia of reliability, either within the statement or in the form of confirmatory evidence outside the statement.

[121] Accordingly, and absent more, it thus seems to me a bridge too far to accept the Crown’s argument that this call meets threshold reliability thereby justifying its admission as substantive evidence that Mr. Baldree was engaged in drug trafficking.

limitée pour la poursuite), mais que M. Baldree l’était *dans les faits* (une preuve d’une importance considérable). En effet, même s’il a qualifié cet élément de preuve circonstancielle, le juge du procès a reconnu à juste titre qu’il visait à établir que *M. Baldree est* [TRADUCTION] « *impliqué dans le trafic de drogue* » (d.a., vol. I, p. 23 (italiques ajoutés)). C’est sur le fondement de *ce fait* que le ministère public cherchait à faire conclure que M. Baldree avait en sa possession la cocaïne et la marijuana trouvées dans l’appartement.

[119] La faille dans l’argument du ministère public tient à ce qu’il n’éclaire guère sur la fiabilité de l’affirmation selon laquelle M. Baldree est dans les faits un trafiquant de drogue. Son argument pèse davantage lorsqu’il s’agit de démontrer le fait que l’auteur de l’appel *avait l’intention d’acheter de la drogue*. Partant, la déclaration aurait été admissible à titre de déclaration d’intention si le ministère public l’avait présentée à *cette fin* (voir, p. ex., *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698). Or, comme le fait observer la juge Feldman de la Cour d’appel, ce n’est pas dans cette optique qu’il l’invoquait (par. 144).

[120] Autrement dit, la faiblesse dans l’argument du ministère public tient à ce que, même si l’auteur de l’appel croyait sincèrement que M. Baldree était un trafiquant de drogue, *la raison motivant une telle croyance*, et la véracité de cette dernière, ne sont pas étayées. Il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire où de multiples appels ont été interceptés et où le bon sens dicte d’écarter pour improbable la possibilité d’une erreur de la part des nombreux auteurs d’appel. En outre, nous ne disposons pas d’indices de fiabilité suffisants, ni dans les termes mêmes de la déclaration, ni sous forme de preuve corroborante.

[121] Par conséquent, en l’absence d’autres éléments, accepter l’argument du ministère public — que l’appel satisfait au seuil de fiabilité et, partant, que son admission était justifiée à titre d’élément tendant à prouver au fond que M. Baldree trempait dans le trafic de drogue, équivaldrait à mon avis à franchir un trop grand pas.

E. *Can a Single Call Ever Be Reliable?*

[122] Just because the single call here did not meet the threshold test for admissibility, it does not follow that multiple calls are *required* to establish as much. Indeed, it is perfectly consistent with the principled approach that even a single drug purchase call may meet that threshold. I will attempt to explain why using the facts of this call as an example.

[123] As I mentioned earlier, what is missing in this call is some assurance that Mr. Baldree was *in fact* a drug dealer. There are insufficient circumstantial guarantees of trustworthiness within the call itself and little or no external confirmatory evidence. However, if the caller had declined the offer of delivery and instead asked “if I can drop by Eric’s apartment to pick up the drugs”, that may have been sufficient because it would have indicated greater familiarity with Mr. Baldree and his activities, including contemporary knowledge of his recent move to Mr. Lepage’s apartment. A debt list at Mr. Lepage’s apartment with Mr. Baldree’s fingerprints on it may also have done the trick because it would have served as confirmatory evidence of Mr. Baldree’s involvement in drug trafficking. One can imagine other scenarios.

[124] My point is simply that had the circumstances been somewhat different, there may well have been a satisfactory basis for evaluating whether the caller *believed* Mr. Baldree was a drug dealer *and* whether that belief was *in fact* true. That is what threshold reliability requires. Setting aside the facts of this case, we do not know what the circumstances of some future call might be. I would thus caution against the notion that only multiple calls can be reliable.

E. *Un seul appel peut-il parfois se révéler fiable?*

[122] Si en l’espèce le coup de fil n’atteint pas le seuil nécessaire pour être admissible, il ne faudra pas *nécessairement* de multiples appels pour établir l’admissibilité. En effet, selon la méthode d’analyse raisonnée, même une seule commande téléphonique de drogue pourrait respecter ce seuil. Je tenterai d’illustrer ma thèse à l’aide des faits de la présente affaire.

[123] Comme je le mentionne précédemment, il manque dans l’échange téléphonique un élément venant confirmer que M. Baldree était *dans les faits* un trafiquant de drogue. L’échange en soi présente trop peu de gages circonstanciels de fiabilité et il n’existe guère d’éléments de preuve externes, voire aucun, tendant à confirmer une telle thèse. En revanche, si l’auteur de l’appel avait refusé l’offre de livraison et avait plutôt demandé s’il pouvait « passer prendre la drogue chez Eric », cet élément aurait peut-être suffi, car il aurait révélé davantage de familiarité avec M. Baldree et ses activités, y compris la connaissance actuelle du déménagement récent de ce dernier à l’appartement de M. Lepage. Si on avait trouvé dans l’appartement de ce dernier une liste de dettes portant les empreintes digitales de M. Baldree, cela aurait également pu faire l’affaire, à titre de preuve corroborante que M. Baldree trempe dans le trafic de drogue. Il est possible d’imaginer d’autres scénarios.

[124] Mon propos est simplement le suivant : si les circonstances avaient été quelque peu différentes, elles auraient pu permettre de déterminer si l’auteur de l’appel *croyait* que M. Baldree était un trafiquant de drogue *et* si sa croyance était vraie *dans les faits*. Voilà ce qu’il faut pour satisfaire au seuil de fiabilité. Outre les éléments factuels de la présente affaire, nous ne pouvons prédire les circonstances susceptibles d’entourer à l’avenir un autre coup de fil. Je fais donc une mise en garde contre l’idée que seuls de multiples appels peuvent constituer une preuve fiable.

III. Conclusion

[125] Subject to these comments, I join the reasons of my colleague. Accordingly, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Brampton.

Solicitors for the respondent: Foord Davies, Ottawa.

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

III. Conclusion

[125] Sous réserve des commentaires formulés dans les présentes, je souscris aux motifs de mon collègue. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Brampton.

Procureurs de l'intimé : Foord Davies, Ottawa.

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

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2013 Vol. 2

3^e cahier, 2013 Vol. 2

Cited as [2013] 2 S.C.R. { i-ii
559-829

Renvoi [2013] 2 R.C.S. { i-ii
559-829

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 / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	SÉBASTIEN LAFRANCE	IDA SMITH
JANICE CHENEY	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH
MONIQUE DELORME		ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xv
Table of Cases Cited	xix
Statutes and Regulations Cited	xliii
Authors Cited	xlvii
Index	819

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) 559

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Ministerial decisions — Immigration — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Appropriate standard of review to apply to Minister’s decision — Whether, in light of this standard, Minister’s decision is valid — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).

Administrative law — Natural justice — Doctrine of legitimate expectations — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Whether there was failure to meet legitimate expectations — Whether there was failure to discharge duty of procedural fairness.

Immigration — Inadmissibility and removal — Ministerial relief — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Interpretation of term “national interest” — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).

Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP 649

Law of professions — Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Breach of confidence — Whether a law firm can accept a retainer to act against a current client on a matter unrelated to the client’s existing files — Whether a law firm can bring a lawsuit against a current client on behalf of another client and if not, what remedies are available to the client.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence	xxxix
Lois et règlements cités.....	xlv
Doctrine citée.....	xlvii
Index	825

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) 559

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Décisions ministérielles — Immigration — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — Norme de contrôle applicable à la décision du ministre — La décision du ministre est-elle valide au regard de cette norme? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).

Droit administratif — Justice naturelle — Théorie des attentes légitimes — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — La décision a-t-elle porté atteinte aux attentes légitimes de l’appelant? — L’obligation d’équité procédurale a-t-elle été respectée?

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Dispense ministérielle — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — Interprétation de l’expression « intérêt national » — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP 649

Droit des professions — Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d’intérêts — Abus de confiance — Un cabinet d’avocats peut-il accepter le mandat d’agir contre un client actuel dans une affaire sans lien avec les dossiers en cours de ce client? — Un cabinet d’avocats peut-il poursuivre un client actuel pour le compte d’un autre client, et, dans la négative, quels recours s’offrent au client actuel?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia..... 774

Courts — Rules of court — Affidavits — Language of exhibits — 1731 English Act received into B.C. law providing English as language of court “proceedings” — B.C. Supreme Court Civil Rules also requiring documents “prepared for use in the court” be in English unless impracticable — French language school board seeking to file affidavits attaching exhibits prepared in French prior to litigation — Whether 1731 Act or B.C. rules preclude admission of exhibits prepared in French without English translation — Whether admitting exhibits in French within inherent jurisdiction of superior courts to control own processes — Whether B.C. Civil Rules limit exercise of inherent jurisdiction — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-3(2).

Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration) 678

Immigration law — Convention refugees — Complicity in crimes against humanity — Former representative of the Democratic Republic of Congo seeking refugee protection in Canada — Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that representative was complicit in crimes against humanity committed by the government of the Democratic Republic of Congo — Whether mere association or passive acquiescence are sufficient to establish complicity — Whether a contributionbased test for complicity should be adopted — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(a).

R. v. Vuradin 639

Criminal law — Judgments and orders — Sufficiency of reasons — Burden of proof — Accused convicted of sexual assault and unlawful touching for sexual purpose involving four complainants — Whether trial judge’s reasons for judgment sufficient — Whether trial judge properly applied burden of proof.

R. v. Youvarajah 720

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Murder trial — Co-accused witness recanting previous statement implicating accused in murder — Trial judge finding prior inconsistent statement not meeting threshold reliability test — Whether prior inconsistent statement was sufficiently reliable to be considered by jury for truth of its contents.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique 774

Tribunaux — Règles du tribunal — Affidavits — Langue des pièces — Loi anglaise de 1731 reçue en Colombie-Britannique prévoyant que l’anglais est la langue des « instances » judiciaires — Règles de la Cour suprême de la C.-B. en matière civile exigeant en outre que les documents « préparés en vue de leur utilisation devant la cour » le soient en anglais sauf si leur nature ne le permet pas — Demande d’un conseil scolaire de langue française en vue de déposer des affidavits auxquels sont jointes des pièces préparées en français avant le litige — La Loi de 1731 ou les règles de la C.-B. font-elles obstacle à l’admission en preuve de pièces préparées en français sans qu’elles soient accompagnées d’une traduction anglaise? — L’admission en preuve de pièces en langue française relève-t-elle de la compétence inhérente d’une cour supérieure pour faire respecter sa propre procédure? — Les règles de la C.-B. en matière civile restreignent-elles l’exercice de la compétence inhérente? — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 22-3(2).

Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration) 678

Droit de l’immigration — Réfugiés au sens de la Convention — Complicité dans la perpétration de crimes contre l’humanité — Demande d’asile au Canada présentée par un ancien représentant de la République démocratique du Congo — Rejet de la demande par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié au motif que le représentant s’est rendu complice de crimes contre l’humanité perpétrés par le gouvernement de la République démocratique du Congo — La simple association ou l’acquiescement passif suffisent-ils pour établir la complicité? — Y a-t-il lieu d’adopter un critère axé sur la contribution aux fins de l’établissement de la complicité? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fa).

R. c. Vuradin 639

Droit criminel — Jugements et ordonnances — Suffisance des motifs — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable d’agression sexuelle et de contacts sexuels illégaux à l’endroit de quatre plaignantes — Les motifs de jugement du juge du procès étaient-ils suffisants? — Le juge du procès a-t-il appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp. 623
Civil Procedure — Access to justice — Disclosure — Privilege — Promoting Settlement — Settlement privilege — Scope of protection offered by settlement privilege — Appellants entering into Pierringer Agreements with some defendants to multi-party litigation — Non-settling defendants seeking disclosure of amount of settlements prior to trial — Whether amounts of negotiated settlements protected by settlement privilege.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Youvarajah 720
Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Procès pour meurtre — Témoin coaccusé revenant sur une déclaration antérieure impliquant l'accusé dans un meurtre — Conclusion du juge du procès selon laquelle la déclaration antérieure incompatible n'atteint pas le seuil de fiabilité nécessaire — La déclaration antérieure incompatible était-elle suffisamment fiable pour être présentée au jury comme preuve de la véracité de son contenu?

Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp. 623
Procédure civile — Accès à la justice — Divulgence — Privilège — Incitation au règlement — Privilège relatif aux règlements — Portée de la protection offerte par le privilège relatif aux règlements — Ententes de type Pierringer conclues entre les appelantes et quelques défenderesses dans un litige faisant intervenir plusieurs parties — Défenderesses non parties aux règlements cherchant à connaître avant le procès les sommes convenues aux règlements — Les sommes négociées aux ententes sont-elles protégées par le privilège relatif aux règlements?



2013 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

SÉBASTIEN LAFRANCE
AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIALT
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

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

[2005] 1 S.C.R., p. 792, 2nd heading of the caption, English version, line 14. Read “If there is violation” instead of “If there violation”.

[2008] 1 S.C.R., p. 500, para. 73, line 13, French version. Read “on n’a produit” instead of “on a produit”.

[2012] 3 S.C.R., p. 288, Introductory sentence, French version. Read “rendus par” instead of “rendus pas”.

[2005] 1 R.C.S., p. 792, 2^e rubrique de l’abstrat, version anglaise, ligne 14. Lire « If there is violation » au lieu de « If there violation ».

[2008] 1 R.C.S., p. 500, par. 73, ligne 13, version française. Lire « on n’a produit » au lieu de « on a produit ».

[2012] 3 R.C.S., p. 288, phrase introductive, version française. Lire « rendus par » au lieu de « rendus pas ».

MOTIONS — REQUÊTES

(March 16 to July 31, 2013 – 16 mars au 31 juillet 2013)

1207192 Ontario Limited v. The Queen, (F.C.), 35116, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abi-Mansour v. Canada Revenue Agency, (F.C.), 35348, leave to appeal refused, 11.7.13, autorisation d'appel refusée.

Abraham v. Attorney General of Canada, (F.C.), 35141, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Acosta v. Attorney General of Canada, (B.C.) (Crim.), 35271, notice of discontinuance filed, 27.3.13, avis de désistement produit.

Acostandei v. SNC-Lavalin Profac Inc., (Ont.), 35074, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Adams Lake Indian Band v. Lieutenant Governor in Council, (B.C.), 35023, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Agence du revenu du Québec c. Pellan, (Qc), 35076, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.

Ahmed v. City of Vancouver, (B.C.), 35283, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Amex Bank of Canada v. Adams, (Que.), 35033, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.4.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Apotex Inc. v. Allergan Inc., (F.C.), 35184, leave to appeal refused with costs, 9.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Minister of Health, (F.C.), 35209, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Armstrong v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 35129, leave to appeal refused, 28.3.13, autorisation d'appel refusée.

Arsenault c. La Reine, (Qc) (Crim.), 35153, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.

Athabasca Chipewyan First Nation v. Energy Resources Conservation Board, (Alta.), 35193, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Whaling, (B.C.) (Crim.), 35024, leave to appeal granted, 11.4.13, autorisation d'appel accordée.

Attorney General of Ontario v. Wierzbicki, (Ont.) (Crim.), 35165, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.

Aujla v. 581257 Alberta Ltd., (Alta.), 35261, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Autorité des marchés financiers c. Levasseur, (N.-B.), 35304, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B & R Development Corporation Ltd. v. Trail South Developments Inc., (Alta.), 35192, leave to appeal refused with costs, 27.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Badenhorst v. Great-West Life Assurance Company*, (Man.), 35277, leave to appeal refused with costs, 27.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ballantyne v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35077, leave to appeal refused, 11.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Bank of Montreal v. Marcotte*, (Que.), 35009, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.4.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bank of Nova Scotia v. Fulawka*, (Ont.), 34932, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Barnett v. Ewatski*, (Man.), 35181, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barteau v. Simson, Cumming, Webber*, (N.B.), 35146, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beauchamp c. Gouvernement du Québec*, (Qc), 35267, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Bélanger c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35073, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Berner v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35208, leave to appeal refused, 20.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Bhandher v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35161, leave to appeal refused, 9.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Bhullar v. British Columbia Veterinary Medical Association*, (B.C.), 35156, leave to appeal refused with costs, 9.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bolianatz v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35240, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Botsvynjyuk v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 35389, notice of discontinuance filed, 23.5.13, avis de désistement produit.
- Boukendour c. Gosselin*, (Qc), 35282, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boyne v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 35228, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Bronskill v. Minister of Canadian Heritage*, (F.C.), 35118, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brousseau c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 35048, leave to appeal refused, 4.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Browne v. Canada Trust Company*, (Ont.), 35214, leave to appeal refused with costs, 23.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burgiss v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 35260, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Fresco*, (Ont.), 34987, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Canadian National Railway Company v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35145, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.4.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Canwood International Inc. v. Bork*, (B.C.), 35342, leave to appeal refused with costs, 25.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cecere c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35103, leave to appeal refused, 28.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Chauvin c. Aviva, compagnie d'assurance du Canada*, (Qc), 35137, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chemama v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 35234, leave to appeal refused, 6.6.13, autorisation d'appel refusée.

- Chiang v. Law Society of British Columbia*, (B.C.), 35279, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief James Robert Thomas v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 35179, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clark v. TD Waterhouse Canada Inc.*, (Alta.), 35402, leave to appeal refused with costs, 25.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- CMP Advanced Mechanical Solutions Ltd. v. Snow*, (Que.), 35085, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- College of Physical Therapists of Alberta v. Fitzpatrick*, (Alta.), 34993, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commissaire aux langues officielles du Canada c. Air Canada*, (C.F.), 35100, leave to appeal granted with costs in the cause, 2.5.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Société d'énergie de la Baie James*, (Qc) (Crim.), 35139, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corey v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35331, leave to appeal refused, 11.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Cormier v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 35221, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Couche-Tard inc. c. Jacques*, (Qc), 35231, leave to appeal granted with costs in the cause, 6.6.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Dawson v. Dawson*, (B.C.), 35157, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dewar v. Regina Qu'Appelle Regional Health Authority*, (Sask.), 35280, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Diamond v. Doobay*, (Ont.), 35064, leave to appeal refused, 11.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Director of Civil Forfeiture v. Hells Angels Motorcycle Corporation*, (B.C.) (Crim.), 35134, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.6.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Direk v. Information and Privacy Commissioner/Ontario*, (Ont.), 35320, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Direk v. Kryshtskyj*, (Ont.), 35249, leave to appeal refused, 9.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Domenico & fils (1997) inc. c. Devenco Contracting inc.*, (Qc), 35104, leave to appeal refused, 4.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Doroslovac v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35126, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Doucet c. Bourque*, (Qc), 35113, leave to appeal refused with costs, 4.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Douze c. Gestion J.S.V. inc.*, (Qc), 35117, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Drexler c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35091, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Dumont c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35168, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dunsford v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 35263, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- E.S. v. Children's Aid Society of Toronto*, (Ont.), 35297, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- El Dali v. Panjalingam*, (Ont.), 35264, leave to appeal refused with costs, 27.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, (F.C.), 35067, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Elmore v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35222, leave to appeal refused, 2.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Ereiser v. The Queen*, (F.C.), 35296, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Estate of Majencio Camaso v. Corporation of the District of Saanich*, (B.C.), 35256, leave to appeal refused with costs, 4.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fairview Donut Inc. v. TDL Group Corp.*, (Ont.), 35207, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fakhri c. Seaport Group LLC*, (Qc), 35172, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fearon v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35298, leave to appeal granted, 11.7.13, autorisation d'appel accordée.
- Fednav International Ltd. v. Companhia Siderurgica Paulista-Cosipa*, (F.C.), 35158, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Fletcher v. Bullock*, (Ont.), 35257, leave to appeal refused with costs, 20.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fletcher v. Bullock*, (Ont.), 35258, leave to appeal refused with costs, 20.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fuoco c. Ville de Montréal*, (Qc), 35194, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- G.G. c. Tribunal administratif du Québec*, (Qc), 35205, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Gagné c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35334, leave to appeal refused, 4.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Gaskin v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 35294, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Genest c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35359, leave to appeal refused, 11.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Gilead Science Canada Inc. v. Minister of Health*, (F.C.), 35123, leave to appeal refused, 21.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Global Equity Fund Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 35147, leave to appeal refused with costs, 11.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 35084, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Groupe Westco Inc. c. Nadeau Ferme Avicole Limitée*, (C.F.), 35318, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guydos v. Canadian Union of Postal Workers*, (F.C.), 35274, leave to appeal refused with costs, 30.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H.C. c. P.N.*, (Qc), 35259, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Hagwilneghl v. Canadian Forest Products Ltd.*, (B.C.), 35309, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hamill v. Kudryk*, (Alta.), 35247, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Henderson v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 35125, leave to appeal refused, 11.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Hernandez Febles v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 35215, leave to appeal granted with costs in the cause, 4.7.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Hilts v. Minister of Justice*, (B.C.) (Crim.), 35243, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.

- Hogarth v. Simonson*, (Alta.), 35321, leave to appeal refused with costs, 4.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Husain v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35163, leave to appeal refused, 11.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Immeubles Jacques Robitaille Inc. c. Ville de Québec*, (Qc), 35295, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.7.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Imperial Tobacco Canada Limited v. Létourneau*, (Que.), 35238, leave to appeal refused with costs, 6.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.K.L. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35272, leave to appeal refused, 4.7.13, autorisation d'appel refusée.
- J.L. c. Tribunal administratif du Québec*, (Qc), 35245, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- J.S. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35148, leave to appeal refused, 11.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Jackson v. Zaruba*, (B.C.), 35337, leave to appeal refused, 4.7.13, autorisation d'appel refusée.
- James v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35252, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Javanmardi v. Collège des médecins du Québec*, (Que.), 35325, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jean Pierre c. Alliance de la fonction publique du Canada*, (C.F.), 35102, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Jivalian v. Department of Community Services*, (N.S.), 35244, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Jogendra v. The Queen*, (Ont.), 35211, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Johal v. Board of Funeral Services*, (Ont.), 35164, leave to appeal refused with costs, 9.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen*, (F.C.), 35090, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- K.A.D. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35170, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- K.S. v. CAS of the Regional Municipality of Waterloo*, (Ont.), 35356, leave to appeal refused, 11.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Kelly v. Air Canada Pilots Association*, (F.C.), 35014, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keshane v. The Queen*, (Alta.), 35227, leave to appeal refused, 9.5.13, autorisation d'appel refusée.
- King v. Venezia*, (Ont.), 35109, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kopyto v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 35242, leave to appeal refused, 9.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Koulouris c. Ville de Québec*, (Qc), 35338, leave to appeal refused, 11.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Kruger Products Limited v. First Choice Logistics Inc.*, (B.C.), 35253, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Last v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35182, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Le v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 35254, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- LeBel c. Kanafani*, (Qc), 35286, leave to appeal refused, 20.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Leclair v. Attorney General of Canada*, (Que.), 35119, leave to appeal refused with costs, 4.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Léger v. Garage Technology Ventures Canada, LP*, (Que.), 35140, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leonidas v. Treat America Limited*, (Ont.), 35160, leave to appeal refused with costs, 23.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lepage c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35216, leave to appeal refused, 6.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Les souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, (Qc), 35011, leave to appeal refused with costs, 4.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lethbridge Police Association v. Lethbridge Regional Police Service*, (Alta.), 35317, leave to appeal refused with costs, 20.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L'Hirondelle v. Minister of Sustainable Resource Development*, (Alta.), 35273, leave to appeal refused with costs, 20.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Li v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35299, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Liu v. Composites Atlantic Limited*, (N.S.), 35152, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Liu v. McGill University Non-Academic Certified Association*, (Que.), 35186, leave to appeal refused with costs, 9.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Louison v. Ochapowace Indian Band #71*, (Sask.), 34570, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Loyola High School v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 35201, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.6.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Mack v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35093, leave to appeal granted, 11.4.13, autorisation d'appel accordée.
- Magder v. Ford*, (Ont.), 35266, leave to appeal refused with costs, 20.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mahal v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35097, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Mahjoub v. Minister of Immigration and Citizenship*, (F.C.) (Crim.), 34514, notice of discontinuance filed, 16.4.13, avis de désistement produit.
- Malik v. 1645156 Ontario Ltd.*, (Ont.), 35250, leave to appeal refused with costs, 23.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marciano v. Fahs*, (Que.), 35142, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, (Que.), 35018, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.4.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Marleau c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35198, leave to appeal refused, 2.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Martin v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35281, leave to appeal refused with costs, 27.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mazhero v. Bell Canada*, (Que.), 35262, leave to appeal refused, 6.6.13, autorisation d'appel refusée.
- McLellan v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35269, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Meadus v. Meadus*, (N.L.), 35303, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mercier v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 35120, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mernagh v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35290, leave to appeal refused, 25.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Mian v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35132, leave to appeal granted, 16.5.13, autorisation d'appel accordée.

- Milunovic c. Proulx*, (Qc), 35219, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Mitchell c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35225, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Montaldi v. Enbridge Gas Distribution Inc.*, (Ont.), 35110, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Morguard Corporation v. The Queen*, (F.C.), 35183, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morton v. Fifth Third Bank*, (Ont.), 35251, notice of discontinuance filed, 2.5.13, avis de désistement produit.
- Nagle v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35088, leave to appeal refused, 18.3.13, autorisation d'appel refusée.
- National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada v. Pacific Coach Lines Ltd.*, (F.C.), 35213, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen c. Société des loteries du Québec Inc.*, (Qc), 35322, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Nielsen v. Nielsen*, (Alta.), 35200, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olivier v. Attorney General of Canada*, (Que.), 35284, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ord v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 35135, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Osmond v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35199, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Ouimet c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35178, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- P.E.N. v. S.M.*, (Que.), 35154, leave to appeal refused, 28.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35326, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Ville de Longueuil*, (Qc), 35189, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Ville de Longueuil*, (Qc) (Crim.), 35382, leave to appeal refused, 11.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Critchley*, (B.C.), 35133, leave to appeal refused, 21.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Phelps Leasing Ltd.*, (B.C.), 35235, leave to appeal refused, 4.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Pedicelli c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35105, leave to appeal refused, 28.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Perron c. Perron*, (Ont.), 35185, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pétrolière Impériale c. Jacques*, (Qc), 35226, leave to appeal granted with costs in the cause, 6.6.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, (F.C.), 35001, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Photon Control Inc. v. Kidder*, (B.C.), 34959, leave to appeal refused with costs, 30.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pikangikum First Nation v. Nault*, (Ont.), 35162, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Piro v. Enbridge Gas Distribution Inc.*, (Ont.), 35108, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Plasse c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35285, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Pluri Vox Media Corp. v. The Queen*, (F.C.), 35174, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Poulin c. Collège des médecins du Québec*, (Qc), 35289, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Pratten v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 35191, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Pricewaterhousecoopers Inc. v. Dugas*, (N.B.), 35121, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Confédération des syndicats nationaux*, (Qc), 35124, leave to appeal granted with costs in the cause, 2.5.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Quinn v. Carrigan*, (Ont.), 35131, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Anderson*, (N.L.) (Crim.), 35246, leave to appeal granted, 27.6.13, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Carvery*, (N.S.) (Crim.), 35115, leave to appeal granted, 11.4.13, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Docherty*, (Ont.) (Crim.), 35175, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- R. v. J.M.M.*, (N.S.) (Crim.), 34988, leave to appeal refused, 4.4.13, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Jean*, (B.C.) (Crim.), 35206, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Laflamme*, (Qc) (Crim.), 35268, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- R. v. S.D.B.*, (Sask.) (Crim.), 35197, leave to appeal and cross-appeal refused, 9.5.13, autorisations d'appel et d'appel incident refusées.
- R. v. Wright*, (B.C.) (Crim.), 35329, leave to appeal refused, 4.7.13, autorisation d'appel refusée.
- R.P. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35287, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Raghavan v. Bell Canada, BCE Inc.*, (Ont.), 35094, leave to appeal refused, 28.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Ranauta v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35166, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Rancourt v. St. Lewis*, (Ont.), 35305, leave to appeal refused issued with costs, 4.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ratté v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35128, leave to appeal refused, 9.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Reliance Home Comfort Limited Partnership v. Collett*, (Ont.), 35196, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Reliance Home Comfort Limited Partnership v. Szilvasy*, (Ont.), 35195, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richards v. Media Experts M.H.S. Inc.*, (Ont.), 35167, leave to appeal refused with costs, 4.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richards v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 35218, leave to appeal refused, 20.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Robertson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35212, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Robertson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35220, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Royal & Sun Alliance du Canada, Société d'assurances c. C.D.*, (Qc), 35275, leave to appeal refused with costs, 23.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rural Municipality of Britannia No. 502 v. Acton*, (Sask.), 35229, leave to appeal refused with costs, 10.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sahara Spa Inc. v. C & S Construction Co. Ltd.*, (Sask.), 35190, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sazant v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (Ont.), 35150, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Schnabel v. Tiffany Towers Condominium Association*, (Que.), 35224, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Smith c. Audet*, (Qc), 35098, leave to appeal refused with costs, 4.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35239, leave to appeal refused, 4.7.13, autorisation d'appel refusée.
- Sochnyeva v. The Queen*, (Ont.), 35138, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sokolowski Romar c. La Reine*, (C.F.), 35248, leave to appeal refused with costs, 30.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Spottiswood v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35099, leave to appeal refused, 21.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Sun Media Corporation v. Farinacci*, (Ont.) (Crim.), 35151, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur-du-Québec c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, (Qc), 35130, leave to appeal refused with costs, 21.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tahmourpour v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35255, leave to appeal refused with costs, 27.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Takeda Canada Inc. v. Minister of Health*, (F.C.), 35276, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tehrankari v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35144, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.
- Tennant v. The Queen*, (Alta.), 35350, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Terrigno v. Kretschmer*, (Alta.), 35188, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tervita Corporation v. Commissioner of Competition*, (F.C.), 35314, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.7.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Thibault c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35223, leave to appeal refused, 23.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Thibodeau c. Air Canada*, (C.F.), 35100, leave to appeal granted, 2.5.13, autorisation d'appel accordée.
- Thoreson v. The Queen*, (Alta.), 35028, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Touri c. Multi-Marques Inc.*, (Qc), 35233, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tupper v. Nova Scotia Barrister's Society*, (N.S.), 35292, leave to appeal refused, 27.6.13, autorisation d'appel refusée.
- Turner v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35202, leave to appeal refused, 9.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, (Qc), 35008, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.4.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Union des consommateurs c. Vidéotron s.e.n.c.*, (Qc), 35232, leave to appeal refused with costs, 25.4.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- V.L. v. Children's Aid Society of Toronto*, (Ont.), 35278, leave to appeal refused, 30.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Viljoen v. Goodman*, (Ont.), 35230, leave to appeal refused with costs, 11.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Villanueva-Vera v. Minister of Justice*, (Ont.) (Crim.), 35045, leave to appeal refused, 13.6.13, autorisation d'appel refusée.
- W.E.B. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35089, leave to appeal granted, 2.5.13, autorisation d'appel accordée.

- Wakeling v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 35072, leave to appeal granted, 13.6.13, autorisation d'appel accordée.
- Weinstock v. Stormbreaker Marketing and Productions Inc.*, (Que.), 35312, leave to appeal refused with costs, 25.7.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Williams v. Telecommunications Workers Union*, (Alta.), 35114, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Willmot v. Committee of Adjustment for the Corporation of the City of Quinte West*, (Ont.), 35171, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wilson v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35173, leave to appeal refused with costs, 16.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Workers' Compensation Appeal Tribunal v. Downs Construction Ltd.*, (B.C.), 35270, leave to appeal refused with costs, 13.6.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Workers' Compensation Board of British Columbia v. Lysohirka*, (B.C.), 35169, leave to appeal refused, 16.5.13, autorisation d'appel refusée.
- Wotherspoon v. The Queen*, (F.C.), 35204, leave to appeal refused with costs, 2.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wright v. College and Association of Registered Nurses of Alberta*, (Alta.), 35081, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yaworski v. Gowling Lafleur Henderson LLP*, (Alta.), 35265, leave to appeal refused with costs, 30.5.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Young v. Ewatski*, (Man.), 35035, leave to appeal refused with costs, 28.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yu v. Minister of Justice*, (Ont.) (Crim.), 35210, leave to appeal refused, 25.4.13, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		G	
A.D.H., R. v.	269	G.M., R. v.	202
Ameron International Corp., Sable Offshore Energy Inc. v.	623	Gauthier, R. v.	403
B		I	
Baldree, R. v.	520	Ibanescu, R. v.	400
Behn v. Moulton Contracting Ltd.	227	Irving Pulp & Paper, Ltd., Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v.	458
British Columbia, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v.	774	J	
British Columbia Women’s Hospital and Health Centre, Cojocaru v.	357	Johnson, Ediger v.	98
Buzizi, R. v.	248	L	
C		Lévesque, R. v.	176
Canada, Daishowa-Marubeni International Ltd. v.	336	Levkovic, R. v.	204
Canada (Citizenship and Immigration), Ezokola v.	678	M	
Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP	649	MacIntosh, R. v.	200
Cojocaru v. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre	357	Mailhot, R. v.	96
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.	458	McKercher LLP, Canadian National Railway Co. v.	649
Conseil scolaire francophone de la Colombie- Britannique v. British Columbia	774	Moulton Contracting Ltd., Behn v.	227
D		Murphy, R. v.	178
Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada	336	N	
E		Niagara (Regional Police Services Board), Penner v.	125
Ediger v. Johnson	98	Nishi v. Rascal Trucking Ltd.	438
Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration) ...	678	P	
		Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)	125

R

R. v. A.D.H.	269
R. v. Baldree	520
R. v. Buzizi	248
R. v. G.M.	202
R. v. Gauthier	403
R. v. Ibanescu	400
R. v. Lévesque	176
R. v. Levkovic	204
R. v. MacIntosh	200
R. v. Mailhot	96
R. v. Murphy	178
R. v. TELUS Communications Co.	3
R. v. Vuradin	639
R. v. W.H.	180
R. v. Youvarajah	720
Rascal Trucking Ltd., Nishi v.	438

S

Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.	623
---	-----

T

TELUS Communications Co., R. v.	3
--------------------------------------	---

V

Vuradin, R. v.	639
---------------------	-----

W

W.H., R. v.	180
------------------	-----

Y

Youvarajah, R. v.	720
------------------------	-----

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		I	
A.D.H., R. c.	269	Ibanescu, R. c.	400
Ameron International Corp., Sable Offshore Energy Inc. c.	623	J	
B		Johnson, Ediger c.	98
Baldree, R. c.	520	L	
Behn c. Moulton Contracting Ltd.	227	Lévesque, R. c.	176
British Columbia Women’s Hospital and Health Centre, Cojocarú c.	357	Levkovic, R. c.	204
Buzizi, R. c.	248	M	
C		MacIntosh, R. c.	200
Canada, Daishowa-Marubeni International Ltd. c.	336	Mailhot, R. c.	96
Canada (Citoyenneté et Immigration), Ezokola c.	678	McKercher LLP, Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c.	649
Cojocarú c. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre	357	Moulton Contracting Ltd., Behn c.	227
Colombie-Britannique, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c.	774	Murphy, R. c.	178
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP	649	N	
Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique	774	Niagara (Commission régionale de services policiers), Penner c.	125
D		Nishi c. Rascal Trucking Ltd.	438
Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada ...	336	P	
E		Pâtes & Papier Irving, Ltée, Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c.	458
Ediger c. Johnston	98	Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)	125
Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ...	678	R	
G		R. c. A.D.H.	269
G.M., R. c.	202	R. c. Baldree	520
Gauthier, R. c.	403	R. c. Buzizi	248
		R. c. G.M.	202
		R. c. Gauthier	403

R. c. Ibanescu	400
R. c. Lévesque	176
R. c. Levkovic	204
R. c. MacIntosh	200
R. c. Mailhot	96
R. c. Murphy	178
R. c. Société TELUS Communications	3
R. c. Vuradin	639
R. c. W.H.	180
R. c. Youvarajah	720
Rascal Trucking Ltd., Nishi c.	438

S

Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.	623
Société TELUS Communications, R. c.	3
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée	458

V

Vuradin, R. c.	639
---------------------	-----

W

W.H., R. c.	180
------------------	-----

Y

Youvarajah, R. c.	720
------------------------	-----

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
2878852 Canada Inc. v. Jones Heward Investment Counsel Inc.	2007 ONCA 14 (CanLII)	380
A		
Abdella v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)	2009 FC 1199, 355 F.T.R. 86	571
ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)	[2004] C.L.A.D. No. 610 (QL)	482, 506
Afridi v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)	2008 FC 1192, 75 Imm. L.R. (3d) 291	585
Al Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)	2007 FC 381, 311 F.T.R. 193	585
Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)	2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345	516
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	493, 588
Amoco Canada Petroleum Co. v. Propak Systems Ltd.	2001 ABCA 110, 281 A.R. 185	633
Angle v. Minister of National Revenue.....	[1975] 2 S.C.R. 248	162
B		
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	575
Beaver v. The Queen	[1957] S.C.R. 531	284
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation	2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103	240
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	597
Bilfinger Berger (Canada) v. Greater Vancouver Water District	2010 BCSC 1104 (CanLII)	801
Bioriginal Food & Science Corp. v. Sascopack Inc.	2012 SKQB 469 (CanLII)	637
Blank v. Canada (Minister of Justice)	2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319	811
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission).....	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	246
Boleak v. Boleak	1999 BCCA 776, 183 D.L.R. (4th) 152	797
Bolkiah v. KPMG	[1999] 2 A.C. 222	664
Boucher v. Stelco Inc.	2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279	163
Bricheno v. Thorp	(1821), Jacob 300, 37 E.R. 864	659
British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.	(1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1	147
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	503
British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola	2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422	156
Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)	2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84	632
Burchill v. Yukon (Commissioner).....	2002 YKCA 4 (CanLII)	148

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
C		
C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539	604
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	494
Canada v. Craig	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489	447
Canada v. McLarty	2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79	352
Canada (Attorney General) v. Mavi	2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504	603
Canada (Attorney General) v. Ni-Met Resources Inc.	(2005), 74 O.R. (3d) 641	380
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	214
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General).....	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ... 156, 287, 493	
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	497
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General).....	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	215
Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)	(2000), 95 L.A.C. (4th) 341	479, 490
Canadian Pacific Railway v. Aikins, MacAulay & Thorvaldson	(1998), 23 C.P.C. (4th) 55	672
Canam Enterprises Inc. v. Coles	(2000), 51 O.R. (3d) 481	245
Canderel Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 147	356
Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)	[1967] 1 A.C. 853	157
Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association	(1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69	477
Chogolzadeh v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)	2008 FC 405, 327 F.T.R. 39	585
Cholmondeley v. Clinton	(1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515	659
Clements v. Clements	2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181	111
Cline v. Frink Dairy Co.....	274 U.S. 445 (1927)	208
Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.	May 27, 2000 (unreported)	483, 507
Connally v. General Construction Co.	269 U.S. 385 (1926)	208
Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.	2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405	587
Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)	(2002), 105 L.A.C. (4th) 263	505
Cooper v. Stuart	(1889), 14 App. Cas. 286	793
Cutts v. Head	[1984] 1 All E.R. 597	629
D		
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 ... 139, 156	
De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.	2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171	673
Deeks Sand & Gravel Co. v. The Queen	[1953] 4 D.L.R. 255	791
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	240
Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada	2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54	633
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 142, 156, 469, 493, 580	
DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)	(2002), 105 L.A.C. (4th) 399	485
E		
Elsom v. Elsom	[1989] 1 S.C.R. 1367	141
EnerNorth Industries Inc., Re	2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1	160

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
English v. Emery Reimbold & Strick Ltd.	[2002] EWCA Civ 605, [2002] 3 All E.R. 385	377
Entrop v. Imperial Oil Ltd.	(2000), 50 O.R. (3d) 18	474, 489
Esmaeili-Tarki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 FC 509 (CanLII)	585
Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers’ Union, Local 614	[1994] B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL)	489
Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re	(1994), 56 L.A.C. (4th) 440	479
F		
F.H. v. McDougall	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41	371
Fabela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 FC 1028, 277 F.T.R. 20	710
Fletcher Construction Australia Ltd. v. Lines MacFarlane & Marshall Pty. Ltd. (No. 2)	[2002] VSCA 189, [2002] 6 V.R. 1	378
Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884	[2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL)	482, 505
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port)	[1992] 1 S.C.R. 3	141
G		
Garland v. Consumers’ Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	237
Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Can- ada, Local 0004	[2007] C.L.A.D. No. 243 (QL)	483, 490
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	111
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	239
Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)	(2008), 171 L.A.C. (4th) 25	498
Han v. Cho	2008 BCSC 1208, 88 B.C.L.R. (4th) 193 ...	801
Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2003 FCA 39, 302 N.R. 178	696
Hellens v. Densmore	[1957] S.C.R. 768	791
Henderson v. The King	[1948] S.C.R. 226	420, 430
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129	109, 371
Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Wright	(1997), 120 Man. R. (2d) 214	633
I		
Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900	2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668	481, 503
Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)	(2006), 157 L.A.C. (4th) 225	479, 504
In re Coles and Ravenshear	[1907] 1 K.B. 1	812
Ismeal v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Prepared- ness)	2008 FC 1366, 77 Imm. L.R. (3d) 310	585
J		
James v. Surf Road Nominees Pty. Ltd.	[2004] NSWCA 475 (AustLII)	377
Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.	2009 FCA 212, 392 N.R. 71	380

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
K		
Kablawi v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)	2008 FC 1011, 333 F.T.R. 300	585
Kanaan v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)	2008 FC 241, 71 Imm. L.R. (3d) 63	585
Kelvin Energy Ltd. v. Lee	[1992] 3 S.C.R. 235	629
Kerr v. Baranow	2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269	447
Kienapple v. The Queen.....	[1975] 1 S.C.R. 729	184
Komoyue Heritage Society v. British Columbia (Attorney General).....	2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236	241
Kumar v. Canada (Citizenship and Immigration)	2009 FC 643 (CanLII)	695
L		
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	602
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773	814
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29	330
Lord Elgin Hotel Ltd. v. Minister of National Revenue	(1964), 64 D.T.C. 637	348
Loyens v. The Queen	2003 TCC 214, 2003 D.T.C. 355	347
Lyons v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 633	22, 38
M		
MacDonald Estate v. Martin	[1990] 3 S.C.R. 1235	658
Mahe v. Alberta	[1990] 1 S.C.R. 342	815
Mandel v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 318	352
McDonnell v. Fédération des Franco-Colombiens	(1985), 69 B.C.L.R. 87	791
Meadowstone (Derbyshire) Ltd. v. Kirk	2006 WL 690588	377
Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539	596
Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)	2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23	584
Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)	(1998), 69 L.A.C. (4th) 399	482
Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.	(1990), 74 O.R. (2d) 239	477
Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board	(1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276	631
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage) ...	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	240
Miller v. Canada (Solicitor General)	2006 FC 912, [2007] 3 F.C.R. 438	585
Miller v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 680	420, 430
Minott v. O'Shanter Development Co.	(1999), 42 O.R. (3d) 321	145
Moffat v. Wetstein	(1996), 29 O.R. (3d) 371	672
Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1994] 1 F.C. 298	697
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)	2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281	603
Mpia-Mena-Zambili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 FC 1349, 281 F.T.R. 54	710
Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100	696
N		
N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board	2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146	477
Naem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2007 FC 123, [2007] 4 F.C.R. 658	585

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342	442
Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)	(2010), 195 L.A.C. (4th) 144	479
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board).....	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 ... 167, 371, 469, 500, 586	
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616	469, 493
O		
Olbey v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1008	264
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	216
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	447
Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2000), 186 F.T.R. 143	710
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69	217
P		
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	283
Parker v. Niagara Regional Police Service	(2008), 232 O.A.C. 317	138, 159
Pecore v. Pecore	2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795	448
Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)	(2009), 186 L.A.C. (4th) 424	482
Pierringer v. Hoger	124 N.W.2d 106 (1963)	627
Porter v. York (Regional Municipality) Police.....	[2001] O.J. No. 5970 (QL)	150, 173
Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)	(2005), 137 L.A.C. (4th) 193	498
Prosecutor v. Callixte Mbarushimana	ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011	699
Prosecutor v. Callixte Mbarushimana	ICC-01/04-01/10-514, 30 May 2012	701
Prosecutor v. Duško Tadić	IT-94-1-A, 15 July 1999	704
Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo	ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009	703
Prosecutor v. Jovica Stanišić	IT-03-69-T, 30 May 2013	704
Prosecutor v. Radoslav Brđanin	IT-99-36-A, 3 April 2007	704
Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo	ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012	701
Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo	ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007	701
Prosecutor v. William Samoei Ruto	ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012	701
Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re	(1991), 18 L.A.C. (4th) 412	507
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	693
R		
R. v. Anderson	[1990] 1 S.C.R. 265	298
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	24, 50, 77
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740 448, 542, 550, 728, 747	
R. v. Bahr	2006 ABPC 360, 434 A.R. 1.....	71
R. v. Ball	2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166	431
R. v. Bannon	(1995), 132 A.L.R. 87	538
R. v. Beatty.....	2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49	286, 325

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Beaudry	2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190	190
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	284
R. v. Berriman	(1854), 6 Cox C.C. 388	214
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	542
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	190
R. v. Bird	2009 SCC 60, [2009] 3 S.C.R. 638	421, 431
R. v. Blackman	2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298	731, 755
R. v. Bokane-Haraszt	2007 ONCJ 228 (CanLII)	282
R. v. Boucher	2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499	646
R. v. Boulden	(1957), 41 Cr. App. R. 105	291
R. v. Brand	2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443	20, 38, 76
R. v. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411	734
R. v. Brooks	2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237	742
R. v. Browne	(1997), 33 O.R. (3d) 775	315
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474	194
R. v. Buzzanga	(1979), 25 O.R. (2d) 705	292, 328
R. v. C. (R.)	[1993] 2 S.C.R. 226	192
R. v. C.C.D.	[1998] O.J. No. 4875 (QL)	282
R. v. C.L.Y.	2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5	646
R. v. Caron	(1998), 126 C.C.C. (3d) 84	416
R. v. Caron	2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78	802, 804
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	297
R. v. Christiansen	[1997] O.J. No. 5733 (QL)	283
R. v. Cinous	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3	254, 258, 414, 436
R. v. Cole	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	71
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	244
R. v. Conway	(1997), 36 O.R. (3d) 579	728, 748
R. v. Cook	(1978), 10 B.C.L.R. 84	537
R. v. Cook	(1978), 46 C.C.C. (2d) 318	545
R. v. Couture	2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517 ...	552, 733, 754
R. v. Coyne	(1958), 124 C.C.C. 176	316
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	296, 308
R. v. Cross	2007 CanLII 64141	71
R. v. Cunningham	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331	658
R. v. D.P.	2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118	756
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	330
R. v. Dastous	(2004), 181 O.A.C. 398	380
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	282, 330
R. v. de Tonnancourt	(1956), 115 C.C.C. 154	430
R. v. DeSousa	[1992] 2 S.C.R. 944	296, 308
R. v. Devine	2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283	733
R. v. Dinardo	2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788	643
R. v. Downes	(1875), 1 Q.B.D. 25	287
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	487
R. v. Edwards	(1994), 19 O.R. (3d) 239	545

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Edwards	(1994), 91 C.C.C. (3d) 123	528
R. v. Edwards	2001 BCSC 275 (CanLII)	434
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	265, 418
R. v. Falkingham	(1870), L.R. 1 C.C.R. 222	290
R. v. Fialkow	[1963] 2 C.C.C. 42	537, 545
R. v. Finlay	[1993] 3 S.C.R. 103	296
R. v. Forknall	2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284	430
R. v. Fournier	2002 NBCA 71, 252 N.B.R. (2d) 256	430
R. v. Fournier	2007 QCCA 1822 (CanLII)	421, 434
R. v. François	[1994] 2 S.C.R. 827	192
R. v. Gagnon	2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621	196
R. v. Gaudet	(1998), 40 O.R. (3d) 1	378
R. v. George	[1960] S.C.R. 871	330
R. v. Gibson	2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397	401
R. v. Gill	2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1	252, 264
R. v. Gosset	[1993] 3 S.C.R. 76	283
R. v. Graham	2013 BCCA 75 (CanLII)	538, 545
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	257, 418, 734
R. v. Ha	2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751	20, 36, 74
R. v. Hawkins	[1996] 3 S.C.R. 1043	545, 731, 755
R. v. Henry	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609	447
R. v. Hinchey	[1996] 3 S.C.R. 1128	307
R. v. Hogan	(1851), 2 Den. 277	290
R. v. Holzer	(1988), 63 C.R. (3d) 301	301
R. v. Hundal	[1993] 1 S.C.R. 867	295
R. v. Instan	[1893] 1 Q.B. 450	316
R. v. J.F.	2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215	298
R. v. Johanson	(1995), 166 A.R. 60	430
R. v. Jones	2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241	71
R. v. Joyce	(1978), 42 C.C.C. (2d) 141	430
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	240
R. v. Kearley	[1992] 2 All E.R. 345	529
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	294
R. v. Keller	[1966] 2 C.C.C. 380	783
R. v. Kendall	(2005), 75 O.R. (3d) 565	380
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	532, 730
R. v. Khela	2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104	742
R. v. Khelawon	2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787	531, 545, 730, 750
R. v. Kirkness	[1990] 3 S.C.R. 74	420, 430
R. v. L.B.	2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365	292, 328
R. v. L.M.	[2000] O.J. No. 5284 (QL)	282
R. v. Lacoursière	(2002), 7 C.R. (6th) 117	430
R. v. Lajoie	(1970), 2 C.C.C. (2d) 89	783
R. v. Lauda	(1998), 37 O.R. (3d) 513	74
R. v. Leslie	2012 BCSC 683 (CanLII)	431
R. v. Little	2009 CanLII 41212	71

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Lohnes	[1992] 1 S.C.R. 167	309
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439	284, 317
R. v. Lucia	2010 ONCA 533 (CanLII)	537, 545
R. v. Ly	(1996), 193 A.R. 149	537
R. v. Ly	[1997] 3 S.C.R. 698	528, 556
R. v. Mabior	2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584	208
R. v. Mapara	2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358	532
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 533	242
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	284
R. v. McClure	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445	762
R. v. McGee	2009 CanLII 60789	756
R. v. McIntosh	[2008] O.J. No. 5742 (QL)	282
R. v. McKercher	[2002] O.J. No. 5859 (QL)	430
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	784, 809
R. v. Merrifield	1977 CarswellOnt 1806	430
R. v. Miller	[1983] 1 All E.R. 978	316
R. v. Naglik	[1993] 3 S.C.R. 122	298, 309
R. v. National Post	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477	799
R. v. Neil	2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631	655
R. v. Nguyen	2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218	537, 545
R. v. Nicholls	(1874), 13 Cox C.C. 75	316
R. v. Noseworthy	(1997), 33 O.R. (3d) 641	74
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	215, 309
R. v. O'Flaherty	[2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315)	433
R. v. Otway	[2011] EWCA Crim 3 (BAILII)	433
R. v. Owad	(1951), 102 C.C.C. 155	545
R. v. P.K.	2006 ABCA 299, 397 A.R. 318	430
R. v. Parchment	2004 BCSC 1806 (CanLII)	537
R. v. Pare	(1986), 31 C.C.C. (3d) 260	798
R. v. Pelletier	2002 BCSC 561 (CanLII)	783
R. v. Pintar	(1996), 110 C.C.C. (3d) 402	256
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	244
R. v. Prue	[1979] 2 S.C.R. 547	284
R. v. R. (J.)	2000 CarswellOnt 5325	283
R. v. R.E.M.	2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3	196, 642
R. v. R.P.	2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746	194
R. v. Ramsum	2003 ABQB 45, 329 A.R. 370	538
R. v. Reedy (No. 2)	(1981), 60 C.C.C. (2d) 104	282
R. v. Rees	[1956] S.C.R. 640	284
R. v. Renshaw	(1847), 2 Cox C.C. 285	290
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	808
R. v. Roy	2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60	295, 325
R. v. S. (R.D.)	[1997] 3 S.C.R. 484	369
R. v. S.G.T.	2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688	766
R. v. S.J.M.	2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178	184
R. v. S.R.B.	2009 ABCA 45, 448 A.R. 124	431
R. v. Salmon	(1880), 6 Q.B.D. 79	316

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Sappier	2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686	242
R. v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	284
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	245
R. v. Senior	[1899] 1 Q.B. 283	298, 328
R. v. Sheppard	2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869	371, 643
R. v. Shoker	2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399	487
R. v. Sinclair	2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3	190
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	532, 730
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	242
R. v. Starr	2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144	531, 555
R. v. Sundown	[1999] 1 S.C.R. 393	242
R. v. Teskey	2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267	367
R. v. Théroux	[1993] 2 S.C.R. 5	284
R. v. Tran	2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131	756
R. v. Tran	2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350	251
R. v. Trieu	(2005), 195 C.C.C. (3d) 373	754
R. v. Tse	2008 BCSC 906 (CanLII)	71
R. v. Tse	2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531	24
R. v. U. (F.J.)	[1995] 3 S.C.R. 764	542, 550, 731, 752
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	240
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	199, 643
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	192
R. v. Wagner	(1978), 8 B.C.L.R. 258	430
R. v. Watts, Ex parte Poulin	(1968), 69 D.L.R. (2d) 526	783
R. v. Weir	2001 ABCA 181, 281 A.R. 333	71
R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363	22
R. v. White	(1871), L.R. 1 C.C.R. 311	287, 324
R. v. Whitehouse	(1940), 55 B.C.R. 420	420, 430
R. v. Williams	2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86	537, 545
R. v. Wilson	(1996), 29 O.R. (3d) 97	529, 549
R. v. Wong	[1990] 3 S.C.R. 36	25, 32
R. v. Woodcock	(1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352	555
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	190
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	799
R. (J.S. (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department ...	[2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184	698
Rakusen v. Ellis	[1912] 1 Ch. 831	659
Ramadan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2008 FC 1155, 335 F.T.R. 227	585
Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 2 F.C. 306	686
Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.	(1994), 17 O.R. (3d) 267	165
Re Davis	(1909), 18 O.L.R. 384	291
Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107	(1977), 16 L.A.C. (2d) 402	476
Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.	(1965), 16 L.A.C. 73	476, 500
Re McKenzie and McKenzie	(1970), 11 D.L.R. (3d) 302	793
Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647	(1978), 20 L.A.C. (2d) 419	498
Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636	(1974), 5 L.A.C. (2d) 285	476

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.	(1959), 10 L.A.C. 25	476
Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.	(1957), 7 L.A.C. 240	476
Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.	(1970), 21 L.A.C. 332	499
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	604
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	799
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	208
Resurfice Corp. v. Hanke	2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333	111
Revane v. Homersham	2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76	162
Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)	(2011), 204 L.A.C. (4th) 265	479, 490
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	283
Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.	(1979), 13 B.C.L.R. 309	797
Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council	[1988] 3 All E.R. 737	629
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	799
Ryvizuze v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2007 FC 134, 325 F.T.R. 30	707

S

Schreiber v. Canada (Attorney General)	[1997] 2 F.C. 176	47
Schweneke v. Ontario	(2000), 47 O.R. (3d) 97	146, 166
Scott v. Scott	(1970), 2 N.B.R. (2d) 849	785
Sharma v. Waterloo Regional Police Service	(2006), 213 O.A.C. 371	143
Sheppard v. Sheppard	(1908), 13 B.C.R. 486	793
Shin v. Kung	[2004] HKCA 205 (HKLI)	377
Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1994] 1 F.C. 433	694
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	156, 591
Snell v. Farrell	[1990] 2 S.C.R. 311	114
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	28
Soe v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2007 FC 461 (CanLII)	585
Sorger v. Bank of Nova Scotia	(1998), 39 O.R. (3d) 1	378
Sparling v. Southam Inc.	(1988), 66 O.R. (2d) 225	628
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	494
St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2	2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636	477
Strother v. 3464920 Canada Inc.	2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177	663
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	576
Sweet v. Parsley	[1970] A.C. 132	283

T

Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assess- ment Director)	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550	241
Tameh v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Prepared- ness)	2008 FC 884, 332 F.T.R. 158	585
Taylor v. Blacklow	(1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401	659
Tele-Mobile Co. v. Ontario	2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305	60
Telfer v. Canada Revenue Agency	2009 FCA 23, 386 N.R. 212	583

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Minister of National Revenue	2009 FCA 49, 386 N.R. 354	347
Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385	695
The Queen v. Tripodi	[1955] S.C.R. 438	259
Toddglen Construction Ltd. v. Concord Adex Developments Corp.	(2004), 34 C.L.R. (3d) 111	673
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79.....	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	142, 244
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	494
Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)	(1999), 88 L.A.C. (4th) 237	482, 498
Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz	(1998), 41 O.R. (3d) 257	161
U		
Underwood v. Cox	(1912), 26 O.L.R. 303	633
Uniacke v. Dickson	(1848), 1 N.S.R. 287	785
Unilever plc v. Procter & Gamble Co.	[2001] 1 All E.R. 783	633
United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)	(1951), 2 L.A.C. 688	476
United States v. El Paso Natural Gas Co.	376 U.S. 651 (1964)	378
United States v. Marine Bancorporation, Inc.	418 U.S. 602 (1974)	378
W		
Watts v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 505	284
Wewaykum Indian Band v. Canada	2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259	369
Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)	(2004), 127 L.A.C. (4th) 73	479, 505
Winter v. Inland Revenue Commissioners	[1963] A.C. 235	352
Wong v. Shell Canada Ltd.....	(1995), 174 A.R. 287	170
Wu v. The King	[1934] S.C.R. 609	416
X		
Xu Sheng Gao v. United States Attorney General	500 F.3d 93 (2007)	708
Z		
Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761	694

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
2878852 Canada Inc. c. Jones Heward Investment Counsel Inc.	2007 ONCA 14 (CanLII)	380
A		
Abdella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2009 CF 1199 (CanLII)	571
ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)	[2004] C.L.A.D. No. 610 (QL)	482, 506
Afridi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2008 CF 1192 (CanLII)	585
Al Yamani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2007 CF 381 (CanLII)	585
Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)	2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345	516
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	493, 588
Amoco Canada Petroleum Co. c. Propak Systems Ltd.	2001 ABCA 110, 281 A.R. 185	633
Angle c. Ministre du Revenu national	[1975] 2 R.C.S. 248	162
B		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	575
Bande indienne Wewaykum c. Canada	2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259	369
Beaver c. The Queen	[1957] R.C.S. 531	284
Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks	2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103	240
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	597
Bilfinger Berger (Canada) c. Greater Vancouver Water District	2010 BCSC 1104 (CanLII)	801
Bioriginal Food & Science Corp. c. Sascopack Inc.	2012 SKQB 469 (CanLII)	637
Blank c. Canada (Ministre de la Justice)	2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319	811
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	246
Boleak c. Boleak	1999 BCCA 776, 183 D.L.R. (4th) 152	797
Bolkiah c. KPMG	[1999] 2 A.C. 222	664
Boucher c. Stelco Inc.	2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279	163
Bricheno c. Thorp	(1821), Jacob 300, 37 E.R. 864	659
British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.	(1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1	147
Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)	2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84	632
Burchill c. Yukon (Commissioner).....	2002 YKCA 4 (CanLII)	148
C		
CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 R.C.S. 983	494
Canada c. Craig	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489	447
Canada c. McLarty	2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79	352

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Canada (Agence du revenu) c. Telfer	2009 CAF 23 (CanLII)	583
Canada (Attorney General) c. Ni-Met Resources Inc.	(2005), 74 O.R. (3d) 641	380
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	497
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général).....	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 ... 156, 287, 493	
Canada (Procureur général) c. Mavi	2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504	603
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society.....	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	214
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Pro- cureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	215
Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)	(2000), 95 L.A.C. (4th) 341	479, 490
Canadian Pacific Railway c. Aikins, MacAulay & Thorvaldson	(1998), 23 C.P.C. (4th) 55	672
Canam Enterprises Inc. c. Coles	(2000), 51 O.R. (3d) 481	245
Canderel Ltée c. Canada	[1998] 1 R.C.S. 147	356
Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)	[1967] 1 A.C. 853	157
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)	2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281	603
Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association	(1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69	477
Chogolzadeh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2008 CF 405 (CanLII)	585
Cholmondeley c. Clinton	(1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515	659
Clements c. Clements	2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181	111
Cline c. Frink Dairy Co.....	274 U.S. 445 (1927)	208
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commis- sion) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	503
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola... Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Im- perial Oil Ltd.	2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422	156
Connally c. General Construction Co.	27 mai 2000 (non publié)	483, 507
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15	269 U.S. 385 (1926)	208
Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.	[1997] 1 R.C.S. 487	494
Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)	2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405	587
Cooper c. Stuart	(2002), 105 L.A.C. (4th) 263	505
Cutts c. Head	(1889), 14 App. Cas. 286	793
	[1984] 1 All E.R. 597	629
D		
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.	2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 ... 139, 156	
De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.	2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171	673
Deeks Sand & Gravel Co. c. The Queen	[1953] 4 D.L.R. 255	791
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	240
Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada	2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54	633
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick.....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 142, 156, 469, 493, 580	
DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)	(2002), 105 L.A.C. (4th) 399	485
E		
Elsom c. Elsom	[1989] 1 R.C.S. 1367	141
EnerNorth Industries Inc., Re	2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1	160

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
English c. Emery Reibold & Strick Ltd.	[2002] EWCA Civ 605, [2002] 3 All E.R. 385	377
Entrop c. Imperial Oil Ltd.	(2000), 50 O.R. (3d) 18	474, 489
Esmaeili-Tarki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2005 CF 509 (CanLII)	585
Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614	[1994] B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL)	489
Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re	(1994), 56 L.A.C. (4th) 440	479
F		
F.H. c. McDougall	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41	371
Fabela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2005 CF 1028 (CanLII)	710
Fletcher Construction Australia Ltd. c. Lines MacFarlane & Marshall Pty. Ltd. (No. 2)	[2002] VSCA 189, [2002] 6 V.R. 1	378
Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884	[2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL)	482, 505
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	141
G		
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	237
Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004	[2007] C.L.A.D. No. 243 (QL)	483, 490
H		
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	111
Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)	(2008), 171 L.A.C. (4th) 257	498
Han c. Cho	2008 BCSC 1208, 88 B.C.L.R. (4th) 193 ...	801
Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2003 CAF 39, 302 N.R. 178	696
Hellens c. Densmore	[1957] R.C.S. 768	791
Henderson c. The King	[1948] R.C.S. 226	420, 430
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129	109, 371
Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Wright	(1997), 120 Man. R. (2d) 214	633
I		
Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900	2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668	482, 503
Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)	(2006), 157 L.A.C. (4th) 225	479, 504
In re Coles and Ravenshear	[1907] 1 K.B. 1	812
Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2008 CF 1366 (CanLII)	585
J		
James c. Surf Road Nominees Pty. Ltd.	[2004] NSWCA 475 (AustLII)	378
Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.	2009 CAF 212 (CanLII)	380

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
K		
Kablawi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2008 CF 1011 (CanLII)	585
Kanaan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2008 CF 241 (CanLII)	585
Kelvin Energy Ltd. c. Lee	[1992] 3 R.C.S. 235	629
Kerr c. Baranow	2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269	447
Kienapple c. La Reine	[1975] 1 R.C.S. 729	184
Komoyue Heritage Society c. British Columbia (Attorney General)	2006 BCSC 1517, 55 Admin. L.R. (4th) 236	241
Kumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2009 CF 643 (CanLII)	695
L		
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	602
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773	814
Leary c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 29	330
Lord Elgin Hotel Ltd. c. Minister of National Revenue	(1964), 64 D.T.C. 637	348
Loyens c. La Reine	2003 CCI 214 (CanLII)	347
Lyons c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 633	22, 38
M		
Mahe c. Alberta	[1990] 1 R.C.S. 342	815
Mandel c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 318	352
McDonnell c. Fédération des Franco-Colombiens	(1985), 69 B.C.L.R. 87	791
Meadowstone (Derbyshire) Ltd. c. Kirk	2006 WL 690588	377
Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539	596
Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)	2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23	584
Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)	(1998), 69 L.A.C. (4th) 399	482
Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.	(1990), 74 O.R. (2d) 239	477
Middelkamp c. Fraser Valley Real Estate Board	(1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276	631
Miller c. Canada (Solliciteur général)	2006 CF 912, [2007] 3 R.C.F. 438	585
Miller c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 680	420, 430
Minott c. O'Shanter Development Co.	(1999), 42 O.R. (3d) 321	145
Moffat c. Wetstein	(1996), 29 O.R. (3d) 371	672
Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1994] 1 C.F. 298	697
Mpia-Mena-Zambili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2005 CF 1349 (CanLII)	710
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100	696
N		
N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board	2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146	477
Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2007 CF 123, [2007] 4 R.C.F. 658	585
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342	442
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts).....	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	239
Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)	(2010), 195 L.A.C. (4th) 144	479

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 ... 167, 371, 469, 500, 586	
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 469, 493	
O		
Olbey c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 1008	264
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée.....	[1995] 2 R.C.S. 1031	216
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	447
Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2000 CanLII 15817	710
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69	217
P		
Pappajohn c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 120	283
Parker c. Niagara Regional Police Service	(2008), 232 O.A.C. 317	138, 159
Pecore c. Pecore	2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795	448
Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)	(2009), 186 L.A.C. (4th) 424	482
Pierringer c. Hoger	124 N.W.2d 106 (1963)	627
Porter c. York (Regional Municipality) Police.....	[2001] O.J. No. 5970 (QL)	150, 173
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	240
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550	241
Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)	(2005), 137 L.A.C. (4th) 193	498
Procureur c. Callixte Mbarushimana	ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011	699
Procureur c. Callixte Mbarushimana	ICC-01/04-01/10-514, 30 mai 2012	701
Procureur c. Duško Tadić	IT-94-1-A, 15 juillet 1999	704
Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo	ICC-01/05-01/08-424-tFRA, 15 juin 2009 ...	703
Procureur c. Radoslav Brđanin	IT-99-36-A, 3 avril 2007	704
Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo	ICC-01/04-01/06-2842, 14 mars 2012	701
Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo	ICC-01/04-01/06-803-tFRA, 29 janvier 2007	701
Prosecutor c. Jovica Stanišić	IT-03-69-T, 30 mai 2013	704
Prosecutor c. William Samoei Ruto	ICC-01/09-01/11-373, 23 janvier 2012	701
Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re	(1991), 18 L.A.C. (4th) 412	507
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	693
R		
R. c. Anderson	[1990] 1 R.C.S. 265	298
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992 ... 24, 50, 77	
R. c. B. (K.G.)	[1993] 1 R.C.S. 740 448, 542, 550, 728, 747	
R. c. Bahr	2006 ABPC 360, 434 A.R. 1	71

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Ball	2011 BCCA 11, 298 B.C.A.C. 166	431
R. c. Bannon	(1995), 132 A.L.R. 87	538
R. c. Beatty	2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49	286, 325
R. c. Beaudry.....	2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190	190
R. c. Bernard	[1988] 2 R.C.S. 833	284
R. c. Berriman	(1854), 6 Cox C.C. 388	214
R. c. Bevan	[1993] 2 R.C.S. 599	542
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	190
R. c. Bird	2009 CSC 60, [2009] 3 R.C.S. 638	421, 431
R. c. Blackman	2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298	731, 755
R. c. Bokane-Haraszt	2007 ONCJ 228 (CanLII)	282
R. c. Boucher	2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499	646
R. c. Boulden	(1957), 41 Cr. App. R. 105	292
R. c. Brand	2008 BCCA 94, 229 C.C.C. (3d) 443	20, 38, 76
R. c. Briscoe	2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411	734
R. c. Brooks	2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237	742
R. c. Browne	(1997), 33 O.R. (3d) 775	315
R. c. Burke	[1996] 1 R.C.S. 474	194
R. c. Buzzanga	(1979), 25 O.R. (2d) 705	293, 328
R. c. C. (R.)	[1993] 2 R.C.S. 226	192
R. c. C.C.D.	[1998] O.J. No. 4875 (QL)	282
R. c. C.L.Y.	2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5	646
R. c. Caron	(1998), 16 C.R. (5th) 276	416
R. c. Caron	2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78	802, 804
R. c. Chartrand	[1994] 2 R.C.S. 864	297
R. c. Christiansen	[1997] O.J. No. 5733 (QL)	283
R. c. Cinous	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3	254, 258, 414, 436
R. c. Cole	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	71
R. c. Conway	[1989] 1 R.C.S. 1659	245
R. c. Conway	(1997), 36 O.R. (3d) 579	728, 748
R. c. Cook	(1978), 10 B.C.L.R. 84	537
R. c. Cook	(1978), 46 C.C.C. (2d) 318	545
R. c. Couture	2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517	552, 733, 754
R. c. Coyne	(1958), 124 C.C.C. 176	317
R. c. Creighton	[1993] 3 R.C.S. 3	297, 308
R. c. Cross	2007 CanLII 64141	71
R. c. Cunningham	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331	658
R. c. D.P.	2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118	756
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	330
R. c. Dastous	(2004), 181 O.A.C. 398	380
R. c. Daviault	[1994] 3 R.C.S. 63	282, 330
R. c. de Tonnancourt	(1956), 115 C.C.C. 154	430
R. c. DeSousa	[1992] 2 R.C.S. 944	296, 308
R. c. Devine	2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283	733
R. c. Dinardo	2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788	643

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Downes	(1875), 1 Q.B.D. 25	287
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	487
R. c. Edwards	(1994), 19 O.R. (3d) 239	545
R. c. Edwards	(1994), 91 C.C.C. (3d) 123	528
R. c. Edwards	2001 BCSC 275 (CanLII)	434
R. c. Faid	[1983] 1 R.C.S. 265	265, 418
R. c. Falkingham	(1870), L.R. 1 C.C.R. 222	290
R. c. Fialkow	[1963] 2 C.C.C. 42	537, 545
R. c. Finlay	[1993] 3 R.C.S. 103	296
R. c. Forknall	2003 BCCA 43, 176 B.C.A.C. 284	430
R. c. Fournier	2002 NBCA 71, 252 R.N.-B. (2 ^e) 256	430
R. c. Fournier	2007 QCCA 1822 (CanLII)	421, 434
R. c. François	[1994] 2 R.C.S. 827	192
R. c. Gagnon	2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621	196
R. c. Gaudet	(1998), 40 O.R. (3d) 1	378
R. c. George	[1960] R.C.S. 871	330
R. c. Gibson	2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397	401
R. c. Gill	2009 ONCA 124, 241 C.C.C. (3d) 1 ...	252, 264
R. c. Gosset	[1993] 3 R.C.S. 76	283
R. c. Graham	2013 BCCA 75 (CanLII)	538, 545
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609 ...	257, 418, 734
R. c. Ha	2009 ONCA 340, 96 O.R. (3d) 751 ...	20, 36, 74
R. c. Hawkins	[1996] 3 R.C.S. 1043	545, 731, 755
R. c. Henry	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609	447
R. c. Hinchey	[1996] 3 R.C.S. 1128	307
R. c. Hogan	(1851), 2 Den. 277	290
R. c. Holzer	(1988), 63 C.R. (3d) 301	301
R. c. Hundal	[1993] 1 R.C.S. 867	295
R. c. Instan	[1893] 1 Q.B. 450	317
R. c. J.F.	2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215	298
R. c. Johanson	(1995), 166 A.R. 60	430
R. c. Jones	2011 ONCA 632, 107 O.R. (3d) 241	71
R. c. Joyce	(1978), 42 C.C.C. (2d) 141	430
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	240
R. c. Kearley	[1992] 2 All E.R. 345	529
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	294
R. c. Keller	[1966] 2 C.C.C. 380	783
R. c. Kendall	(2005), 75 O.R. (3d) 565	380
R. c. Khan	[1990] 2 R.C.S. 531	532, 730
R. c. Khela	2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104	742
R. c. Khelawon	2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787 ...	531, 545, 730, 750
R. c. Kirkness	[1990] 3 R.C.S. 74	420, 430
R. c. L.B.	2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 ...	293, 328
R. c. L.M.	[2000] O.J. No. 5284 (QL)	282
R. c. Lacoursière	(2002), 7 C.R. (6th) 117	430
R. c. Lajoie	(1970), 2 C.C.C. (2d) 89	783

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Lauda	(1998), 37 O.R. (3d) 513	74
R. c. Leslie	2012 BCSC 683 (CanLII)	431
R. c. Little	2009 CanLII 41212	71
R. c. Lohnes	[1992] 1 R.C.S. 167	309
R. c. Lucas	[1998] 1 R.C.S. 439	284, 317
R. c. Lucia	2010 ONCA 533 (CanLII)	537, 545
R. c. Ly	(1996), 193 A.R. 149	537
R. c. Ly	[1997] 3 R.C.S. 698	528, 556
R. c. Mabior	2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584	209
R. c. Mapara	2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358	532
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 533	242
R. c. Martineau	[1990] 2 R.C.S. 633	284
R. c. McClure	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445	762
R. c. McGee	2009 CanLII 60789	756
R. c. McIntosh	[2008] O.J. No. 5742 (QL)	282
R. c. McKercher	[2002] O.J. No. 5859 (QL)	430
R. c. Mercure	[1988] 1 R.C.S. 234	784, 809
R. c. Merrifield	1977 CarswellOnt 1806	430
R. c. Miller	[1983] 1 All E.R. 978	317
R. c. Naglik	[1993] 3 R.C.S. 122	298, 309
R. c. National Post	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477	799
R. c. Neil	2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631	655
R. c. Nguyen	2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218 ...	537, 545
R. c. Nicholls	(1874), 13 Cox C.C. 75	316
R. c. Noseworthy	(1997), 33 O.R. (3d) 641	74
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 R.C.S. 606	215, 309
R. c. O'Flaherty	[2004] EWCA Crim 526, [2004] 2 Cr. App. R. 20 (p. 315)	433
R. c. Otway	[2011] EWCA Crim 3 (BAILII)	433
R. c. Owad	(1951), 102 C.C.C. 155	545
R. c. P.K.	2006 ABCA 299, 397 A.R. 318	430
R. c. Parchment	2004 BCSC 1806 (CanLII)	537
R. c. Pare	(1986), 31 C.C.C. (3d) 260	798
R. c. Pelletier	2002 BCSC 561 (CanLII)	783
R. c. Pintar	(1996), 110 C.C.C. (3d) 402	256
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	244
R. c. Prue	[1979] 2 R.C.S. 547	284
R. c. R. (J.)	2000 CarswellOnt 5325	283
R. c. R.E.M.	2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3	196, 642
R. c. R.P.	2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746	194
R. c. Ramsum	2003 ABQB 45, 329 A.R. 370	538
R. c. Reedy (No. 2)	(1981), 60 C.C.C. (2d) 104	282
R. c. Rees	[1956] R.C.S. 640	284
R. c. Renshaw	(1847), 2 Cox C.C. 285	290
R. c. Rose	[1998] 3 R.C.S. 262	808
R. c. Roy	2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60	295, 325
R. c. S. (R.D.)	[1997] 3 R.C.S. 484	369
R. c. S.G.T.	2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688	766

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. S.J.M.	2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178	184
R. c. S.R.B.	2009 ABCA 45, 448 A.R. 124	430
R. c. Salmon	(1880), 6 Q.B.D. 79	317
R. c. Sappier	2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686	242
R. c. Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	284
R. c. Scott	[1990] 3 R.C.S. 979	245
R. c. Senior	[1899] 1 Q.B. 283	288, 325
R. c. Sheppard	2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	371, 643
R. c. Shoker	2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399	487
R. c. Sinclair	2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3	190
R. c. Smith	[1992] 2 R.C.S. 915	532, 730
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	242
R. c. Starr	2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144	531, 555
R. c. Sundown	[1999] 1 R.C.S. 393	242
R. c. Teskey	2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267	367
R. c. Thérroux	[1993] 2 R.C.S. 5	284
R. c. Tran	2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350	251
R. c. Tran	2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131	756
R. c. Trieu	(2005), 195 C.C.C. (3d) 373	754
R. c. Tse	2008 BCSC 906 (CanLII)	71
R. c. Tse	2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531	24
R. c. U. (F.J.)	[1995] 3 R.C.S. 764	542, 550, 731, 752
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	240
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	199, 643
R. c. W. (R.)	[1992] 2 R.C.S. 122	192
R. c. Wagner	(1978), 8 B.C.L.R. 258	430
R. c. Watts, Ex parte Poulin	(1968), 69 D.L.R. (2d) 526	783
R. c. Weir	2001 ABCA 181, 281 A.R. 333	71
R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363	22
R. c. White	(1871), L.R. 1 C.C.R. 311	287, 324
R. c. Whitehouse	(1940), 55 B.C.R. 420	420, 430
R. c. Williams	2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86	537, 545
R. c. Wilson	(1996), 29 O.R. (3d) 97	529, 549
R. c. Wong	[1990] 3 R.C.S. 36	25, 32
R. c. Woodcock	(1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352	555
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	191
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731	799
R. (J.S. (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department ...	[2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184	698
Rakusen c. Ellis	[1912] 1 Ch. 831	660
Ramadan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2008 CF 1155 (CanLII)	585
Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 2 C.F. 306	686
Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.	(1994), 17 O.R. (3d) 267	165
Re Davis	(1909), 18 O.L.R. 384	292
Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107	(1977), 16 L.A.C. (2d) 402	476
Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co. ...	(1965), 16 L.A.C. 73	476, 500
Re McKenzie and McKenzie	(1970), 11 D.L.R. (3d) 302	793

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647	(1978), 20 L.A.C. (2d) 419	498
Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636	(1974), 5 L.A.C. (2d) 285	476
Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.	(1959), 10 L.A.C. 25	476
Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.	(1957), 7 L.A.C. 240	476
Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.	(1970), 21 L.A.C. 332	499
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123	208
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	799
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525	604
Resurface Corp. c. Hanke	2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333	111
Revane c. Homersham	2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76	162
Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)	(2011), 204 L.A.C. (4th) 265	479, 490
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	283
Robitaille c. Vancouver Hockey Club Ltd.	(1979), 13 B.C.L.R. 309	797
Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council	[1988] 3 All E.R. 737	629
Ryivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2007 CF 134 (CanLII)	707
S		
S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)	2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539	604
Schreiber c. Canada (Procureur général)	[1997] 2 C.F. 176	47
Schwenke c. Ontario	(2000), 47 O.R. (3d) 97	146, 166
Scott c. Scott	(1970), 2 N.B.R. (2d) 849	785
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	799
Sharma c. Waterloo Regional Police Service	(2006), 213 O.A.C. 371	143
Sheppard c. Sheppard	(1908), 13 B.C.R. 486	793
Shin c. Kung	[2004] HKCA 205 (HKLII)	377
Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1994] 1 C.F. 433	694
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	156, 591
Snell c. Farrell	[1990] 2 R.C.S. 311	114
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427	28
Société Télé-Mobile c. Ontario	2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305	60
Soe c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2007 CF 461 (CanLII)	585
Sorger c. Bank of Nova Scotia	(1998), 39 O.R. (3d) 1	378
Sparling c. Southam Inc.	(1988), 66 O.R. (2d) 225	628
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier	[1986] 1 R.C.S. 704	494
St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2	2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636	477
Strother c. 3464920 Canada Inc.	2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177	663
Succession MacDonald c. Martin	[1990] 3 R.C.S. 1235	658
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	576
Sweet c. Parsley	[1970] A.C. 132	283

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
T		
Tameh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2008 CF 884 (CanLII)	585
Taylor c. Blacklow	(1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401	659
Telus Communications (Edmonton) Inc. c. Canada	2009 CAF 49 (CanLII)	347
Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385	695
The Queen c. Tripodi	[1955] R.C.S. 438	259
Toddglen Construction Ltd. c. Concord Adex Developments Corp.	(2004), 34 C.L.R. (3d) 111	673
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	142, 244
Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)	(1999), 88 L.A.C. (4th) 237	482, 499
Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz	(1998), 41 O.R. (3d) 257	161
U		
Underwood c. Cox	(1912), 26 O.L.R. 303	633
Uniacke c. Dickson	(1848), 1 N.S.R. 287	785
Unilever plc c. Procter & Gamble Co.	[2001] 1 All E.R. 783	633
United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)	(1951), 2 L.A.C. 688	476
United States c. El Paso Natural Gas Co.	376 U.S. 651 (1964)	378
United States c. Marine Bancorporation, Inc.	418 U.S. 602 (1974)	378
W		
Watts c. The Queen	[1953] 1 R.C.S. 505	284
Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)	(2004), 127 L.A.C. (4th) 73	479, 505
Winter c. Inland Revenue Commissioners	[1963] A.C. 235	352
Wong c. Shell Canada Ltd.	(1995), 174 A.R. 287	170
Wu c. The King	[1934] R.C.S. 609	416
X		
Xu Sheng Gao c. United States Attorney General	500 F.3d 93 (2007)	708
Z		
Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761	694

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE
C	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	
s. 11(b)	200
<i>Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46</i>	
s. 21(1)	403
s. 21(2)	403
s. 214	269
s. 218	269
s. 243	204
s. 258(1)(d.1)	400
s. 487.01	3
s. 686(1)(a)(i)	180
I	
<i>Immigration and Refugee Protection Act, S.C.</i> 2001, c. 27	
s. 34(2)	559
s. 98	678
<i>Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)</i>	
s. 13(21)	336
P	
<i>Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15</i>	125
S	
<i>Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009,</i> r. 22-3(2)	774

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE
C	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	
art. 11b)	200
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46	
art. 21(1)	403
art. 21(2)	403
art. 214	269
art. 218	269
art. 243	204
art. 259(1)d.1)	400
art. 487.01	3
art. 686(1)a(i)	180
L	
<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 ^e suppl.)	
art. 13(21)	336
<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
art. 34(2)	559
art. 98	678
<i>Loi sur les services policiers</i> , L.R.O. 1990, ch. P.15	125
S	
<i>Supreme Court Civil Rules</i> , B.C. Reg. 168/2009	
art. 22-3(2)	774

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGES
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers</i> , vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.	663
Barreau du Haut-Canada. <i>Code de déontologie</i> , mis à jour le 24 janvier 2013, règle 2.02(6.1), (6.2) (en ligne: http://www.lsuc.on.ca).	670
Birch, Di. “Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?”, [2004] <i>Crim. L.R.</i> 556.	539
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, “proceeding”.	787
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 4. Traduit de l’anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.	788
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , by Joseph Chitty, ed., vol 3. London: W. Walker, 1826.	788
Blickensderfer, Ulric. <i>Blickensderfer’s Blackstone’s Elements of Law Etc.</i> Chicago: Ulric Blickensderfer, 1889.	787
Borack, Jules I. “Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs”. San Diego: Navy Personnel Research and Development Center, 1998.	517
Bouck, John C. “Introducing English Statute Law into the Provinces: Time for a Change?” (1979), 57 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 74.	792
British Columbia. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, p. 646.	798
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 4th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).	477
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).	603
Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	544, 632
Campbell, Mark. “Turning Back the Clock: Aiders and the Defence of Abandonment” (2010), 14 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 1.	433
Canada. Agence des douanes et du revenu du Canada. Bulletin d’interprétation IT-481 (Consolidé), « Avoirs forestiers et concessions forestières », 13 janvier 2004.	347
Canada. Canada Customs and Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-481 (Consolidated), “Timber Resource Property and Timber Limits”, January 13, 2004.	347

Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social</i> , y compris « Boisson, pilules et drogue: Comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 1987, p. 31.	495
Canada. Citizenship and Immigration. <i>Inland Processing Operational Manual</i> , Chapter 10, “Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests”, October 24, 2005.	566
Canada. Citoyenneté et Immigration. <i>Guide opérationnel: Traitement des demandes au Canada</i> , chapitre 10, « Refus des cas de sécurité nationale/Traitement des demandes en vertu de l’intérêt national », 24 octobre 2005.	566
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on National Health and Welfare</i> , including “‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”, No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., 1987, p. 25.	495
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: Information Canada, 1975.	542
Canada. Minister of National Health and Welfare. “Government Response to the Report of the Standing Committee on ‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.	495
Canada. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. « Réponse du gouvernement au rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue: Comment diminuer leur consommation au Canada ». Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1988.	495
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. « Neuvième rapport », 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 23 octobre 2001 (en ligne: http://www.parl.gc.ca).	594
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. “Ninth Report”, 1st Sess., 37th Parl., October 23, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca).	594
Cassese, Antonio. “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., <i>The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary</i> , vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, 3.	698
Cassese, Antonio. “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise” (2007), 5 <i>J.I.C.J.</i> 109.	705
<i>Cassese’s International Criminal Law</i> , 3rd ed., revised by Antonio Cassese, et al. Oxford: Oxford University Press, 2013.	698
Colborne, Michael, and Steve Suarez. “Timber! Consequences of Assuming Reforestation Obligations” (2012), 60 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 137.	348
Colvin, Eric, and Sanjeev Anand. <i>Principles of Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.	316
Cote, J. E. “The Reception of English Law” (1977), 15 <i>Alta. L. Rev.</i> 29.	785, 806
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal: Thémis, 2009.	295
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	285
Coughlan, Steve. “R. v. Ha: Upholding General Warrants without Asking the Right Questions” (2009), 65 C.R. (6th) 41.	49, 84
Cross, Rupert. <i>Statutory Interpretation</i> , 3rd ed. by John Bell and George Engle. London: Butterworths, 1995.	285
Cryer, Robert, et al. <i>An Introduction to International Criminal Law and Procedure</i> , 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.	686

Dennis, I. H. <i>The Law of Evidence</i> , 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.	542
Dodek, Adam. “Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada” (2011), 14 <i>Legal Ethics</i> 193.	658
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	283, 591
Dufraimont, Lisa. Annotation to <i>R. v. Baldree</i> (2012), 92 C.R. (6th) 331.	534
États-Unis. Department of Transportation. « Current Random Testing Rates » (2013) (online: http://www.dot.gov).	518
Finman, Ted. “Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence” (1962), 14 <i>Stan. L. Rev.</i> 682.	536
Fontana, James A., and David Keeshan. <i>The Law of Search and Seizure in Canada</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.	47
Frankovic, Joseph. “Supreme Court to Hear <i>Daishowa</i> Appeal — Back to Basics on Basis and Proceeds” (July 12, 2012), CCH <i>Tax Topics</i> No. 2105.	350
Gamble, Ian J. <i>Taxation of Canadian Mining</i> . Toronto: Carswell, 2004.	355
Goy, Barbara. “Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the <i>Ad Hoc</i> Tribunals” (2012), 12 <i>Int’l. Crim. L. Rev.</i> 1.	699
<i>Grand Robert de la langue française</i> (en ligne), « abandonner », « désertre », « exposer ».	291
Handley, K. R. <i>Spencer Bower and Handley: Res Judicata</i> , 4th ed. London: LexisNexis, 2009.	160
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Principes directeurs sur la protection internationale: Application des clauses d’exclusion: article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne: www.unhcr.fr).	694
Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. <i>McWilliams’ Canadian Criminal Evidence</i> , 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2012, release 22).	539
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2012, release 1).	792, 806
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.	354
Human Rights Watch. <i>World Report 2006: Events of 2005</i> . New York: Human Rights Watch, 2006.	689
Hutchison, Scott C. <i>Hutchison’s Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques</i> , 2nd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2004.	34, 74
Hutchison, Scott C., et al. <i>Search and Seizure Law in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2012, release 7).	21
Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 <i>Curr. Legal Probs.</i> 23.	805
Kaushal, Asha, and Catherine Dauvergne. “The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions” (2011), 23 <i>Int’l. J. Refugee L.</i> 54.	709
Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. <i>Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	496
Knapp, Peter B. “Keeping the <i>Pierringer</i> Promise: Fair Settlements and Fair Trials” (1994), 20 <i>Wm. Mitchell L. Rev.</i> 1.	634
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.	356

	PAGE
Lafontaine, Fannie. <i>Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts</i> . Toronto: Carswell, 2012.	697
Lange, Donald J. <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.	160
Law Society of Alberta. <i>Code of Conduct</i> , version 2013_V1, r. 2.01(2), Commentary (online: http://www.lawsocietyalberta.com).	670
Law Society of Saskatchewan. <i>Code of Professional Conduct</i> . Regina: The Society, 1991 (online: http://www.lawsociety.sk.ca).	673
Law Society of Upper Canada. <i>Rules of Professional Conduct</i> , updated January 24, 2013, r. 2.02(6.1), (6.2) (online: http://www.lsuc.on.ca).	670
LeSage, Patrick J. <i>Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police</i> . Toronto: Ministère du Procureur général, 2005.	144
LeSage, Patrick J. <i>Report on the Police Complaints System in Ontario</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 2005.	144
Manacorda, Stefano, and Chantal Meloni. “Indirect Perpetration <i>versus</i> Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” (2011), 9 <i>J.I.C.J.</i> 159.	704
Manning, Morris, and Peter Sankoff. <i>Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	215, 283, 308
Manson, Allan. “Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions” (1989), 14 <i>Queen’s L.J.</i> 85. ...	421, 432
McCormick, Charles T. “The Borderland of Hearsay” (1930), 39 <i>Yale L.J.</i> 489.	548
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 7th ed. by Kenneth S. Broun, General Editor. Eagan, Minn.: Thomson Reuters, 2013.	547
McPherson, Bruce Harvey. <i>The Reception of English Law Abroad</i> . Brisbane, Aust.: Supreme Court of Queensland Library, 2007.	791
Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. <i>Labour Arbitration in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Lancaster House, 2012.	478
Newman, Dwight G. <i>The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples</i> . Saskatoon: Purich, 2009.	240
Nightingale, J. <i>Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth</i> , vol. II. London: J. Robins, 1821.	662
Nova Scotia Barristers’ Society. <i>Code of Professional Conduct</i> , updated February 22, 2013, rr. 3.2-1A, 7.2-6A (online: http://nsbs.org).	670
Ontario. <i>Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report</i> , vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.	223
Ontario. <i>Rapport de la Commission d’enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario</i> , vol. 1. Toronto: Ministère du Procureur général, 2008.	223
<i>Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials</i> , 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.	452
Ormerod, David. <i>Smith and Hogan’s Criminal Law</i> , 13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.	306
<i>Oxford Dictionary of English</i> , 2nd ed., rev. Oxford: Oxford University Press, 2005, “abandon”, “desert”, “expose”.	291

<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.	289
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	549, 731
Perell, Paul M. “A Survey of Abuse of Process”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., <i>Annual Review of Civil Litigation 2007</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2007, 243.	244
<i>Phipson on Evidence</i> , 17th ed. by Hodge C. Malek et al. London: Sweet & Maxwell, 2010.	535
Proulx, Michel, and David Layton. <i>Ethics and Canadian Criminal Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	741
Rice, Paul R. “Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/ Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence” (1992), 65 <i>Temp. L. Rev.</i> 529.	535
Roach, Kent. “Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures” (2005), 55 <i>U.T.L.J.</i> 733.	285
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2012.	283, 307
Schiff, Stanley. “Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule: A Functional View” (1978), 56 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 674.	548
Silverman, Gregory M. “Rise of the Machines: Justice Information Systems and the Question of Public Access to Court Records over the Internet” (2004), 79 <i>Wash. L. Rev.</i> 175.	375
Smith, John C. Commentary on <i>R. v. Mitchell</i> , [1999] <i>Crim. L.R.</i> 497.	423
<i>Snell’s Equity</i> , 32nd ed. by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2010.	452
Snyder, Ronald M. <i>Collective Agreement Arbitration in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	476
Stern, Simon. “Copyright Originality and Judicial Originality” (2013), 63 <i>U.T.L.J.</i> 1.	374
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011	215, 300, 309, 434
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.	285
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	317, 788, 814
United Nations High Commissioner for Refugees. “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online: www.unhcr.org).	694
United States. Department of Transportation. “Current Random Testing Rates” (2013) (online: http://www.dot.gov).	518
van Sliedregt, Elies. <i>Individual Criminal Responsibility in International Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 2012.	699
Vaver, David. “‘Without Prejudice’ Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 85.	629
<i>Waters’ Law of Trusts in Canada</i> , 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Thomson Carswell, 2012.	447, 662
Watt, David. <i>Law of Electronic Surveillance in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1979.	64
Weinstein, Jack B. and Margaret A. Berger. <i>Weinstein’s Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts</i> , vol. 4. New York: Matthew Bender, 1983 (loose-leaf updated August 1990, release 38).	547

	PAGE
Werle, Gerhard. “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute” (2007), 5 <i>J.I.C.J.</i> 953.	686
Wigmore, John Henry. <i>A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.	532
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston, Mass.: Little, Brown, 1961.	762
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.	215
Woodward, Jack. <i>Native Law</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2012, release 5).	240
Zambelli, Pia. “Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law” (2011), 23 <i>Int’l. J. Refugee L.</i> 252.	708

Muhsen Ahmed Ramadan Agraira *Appellant*

v.

**Minister of Public Safety and
Emergency Preparedness** *Respondent*

and

**British Columbia Civil Liberties Association,
Ahmad Daud Maqsudi,
Canadian Council for Refugees,
Canadian Association of Refugee Lawyers,
Canadian Arab Federation and Canadian
Tamil Congress** *Interveners*

**INDEXED AS: AGRAIRA v. CANADA (PUBLIC SAFETY
AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

2013 SCC 36

File No.: 34258.

2012: October 18; 2013: June 20.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Ministerial decisions — Immigration — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Appropriate standard of review to apply to Minister's decision — Whether, in light of this standard, Minister's decision is valid — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).

Administrative law — Natural justice — Doctrine of legitimate expectations — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Whether there was failure to meet legitimate expectations — Whether there was failure to discharge duty of procedural fairness.

Muhsen Ahmed Ramadan Agraira *Appelant*

c.

**Ministre de la Sécurité publique et de la
Protection civile** *Intimé*

et

**Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Ahmad Daud Maqsudi,
Conseil canadien pour les réfugiés,
Association canadienne des avocats et
avocates en droit des réfugiés,
Fédération canado-arabe et
Congrès tamoul canadien** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : AGRAIRA c. CANADA (SÉCURITÉ
PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

2013 CSC 36

N° du greffe : 34258.

2012 : 18 octobre; 2013 : 20 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Décisions ministérielles — Immigration — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — Norme de contrôle applicable à la décision du ministre — La décision du ministre est-elle valide au regard de cette norme? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).

Droit administratif — Justice naturelle — Théorie des attentes légitimes — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — La décision a-t-elle porté atteinte aux attentes légitimes de l'appelant? — L'obligation d'équité procédurale a-t-elle été respectée?

Immigration — Inadmissibility and removal — Ministerial relief — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Interpretation of term “national interest” — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).

A, a citizen of Libya, has been residing in Canada continuously since 1997, despite having been found to be inadmissible on security grounds in 2002. The finding of inadmissibility was based on his membership in the Libyan National Salvation Front (“LNSF”) — a terrorist organization according to Citizenship and Immigration Canada (“CIC”). A applied in 2002 under s. 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“IRPA”), for ministerial relief from the determination of inadmissibility, but his application was denied in 2009. The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (“Minister”) concluded that it was not in the national interest to admit individuals who have had sustained contact with known terrorist and/or terrorist-connected organizations. A’s application for permanent residence was denied.

A applied to the Federal Court for judicial review of the Minister’s decision regarding relief. The Federal Court granted the application for judicial review. The Federal Court of Appeal allowed the appeal, dismissed the application for judicial review and concluded the Minister’s decision was reasonable.

Held: The appeal should be dismissed and the Minister’s decision under s. 34(2) of the *IRPA* allowed to stand.

A court deciding an application for judicial review must engage in a two-step process to identify the proper standard of review. First, it must consider whether the level of deference to be accorded with regard to the type of question raised on the application has been established satisfactorily in the jurisprudence. The second inquiry becomes relevant if the first is unfruitful or if the relevant precedents appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review. At this second stage, the court performs a full analysis in order to determine what the applicable standard is. The standard of review applicable in the case at bar has been satisfactorily determined in past decisions to be reasonableness.

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Dispense ministérielle — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — Interprétation de l’expression « intérêt national » — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).

A, un citoyen de la Libye, réside au Canada sans interruption depuis 1997, même s’il a été déclaré interdit de territoire pour raison de sécurité en 2002. L’interdiction de territoire reposait sur son appartenance au Front du salut national libyen (« FSNL ») — une organisation terroriste selon Citoyenneté et Immigration Canada (« CIC »). En 2002, A a demandé, aux termes du par. 34(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »), une dispense ministérielle à l’égard du constat d’interdiction de territoire, mais sa demande a été rejetée en 2009. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (« ministre ») a conclu qu’il n’était pas dans l’intérêt national d’admettre des individus qui avaient entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues ou avec des organisations ayant des liens avec des terroristes. La demande de résidence permanente de A a donc été refusée.

A a saisi la Cour fédérale d’une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre relative à la dispense. La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel, a rejeté la demande de contrôle judiciaire et a conclu que la décision du ministre était raisonnable.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté et la décision du ministre rendue au titre du par. 34(2) de la *LIPR* est maintenue.

Pour déterminer la norme de contrôle appropriée, la cour saisie d’une demande de contrôle judiciaire doit entreprendre un processus en deux étapes. Premièrement, elle doit vérifier si la jurisprudence établit de manière satisfaisante le degré de retenue correspondant à une catégorie de questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire. La deuxième étape s’applique lorsque la première démarche se révèle infructueuse ou si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l’évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire. À cette deuxième étape, la cour entreprend une analyse complète en vue de déterminer la norme applicable. La jurisprudence a établi de manière satisfaisante que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable en l’espèce.

The Minister, in making his decision, did not expressly define the term “national interest”. Although this Court is not in a position to determine with finality the actual reasoning of the Minister, it may consider what appears to have been the ministerial interpretation of “national interest”, based on the Minister’s “express reasons” and Chapter 10 of CIC’s *Inland Processing Operational Manual*: “Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests” (the “Guidelines”), which inform the scope and context of those reasons, and whether this implied interpretation, and the Minister’s decision as a whole, were reasonable. Had the Minister expressly provided a definition of the term “national interest” in support of his decision on the merits, it would have been one which related predominantly to national security and public safety, but did not exclude the other important considerations outlined in the Guidelines or any analogous considerations. The Guidelines did not constitute a fixed and rigid code. Rather, they contained a set of factors, which appeared to be relevant and reasonable, for the evaluation of applications for ministerial relief. The Minister did not have to apply them formulaically, but they guided the exercise of his discretion and assisted in framing a fair administrative process for such applications.

The Minister is entitled to deference as regards this implied interpretation of the term “national interest”. The Minister’s interpretation of the term “national interest” is reasonable. The plain words of the provision favour a broader reading of the term “national interest” rather than one which would limit its meaning to the protection of public safety and national security. The words of the statute, the legislative history of the provision, the purpose and context of the provision, are all consistent with the Minister’s implied interpretation of this term. Section 34 is intended to protect Canada, but from the perspective that Canada is a democratic nation committed to protecting the fundamental values of its *Charter* and of its history as a parliamentary democracy. Section 34 should not be transformed into an alternative form of humanitarian review; however, it does not necessarily exclude the consideration of personal factors that might be relevant to this particular form of review. An analysis based on the principles of statutory interpretation reveals that a broad range of factors may be relevant to the determination of what is in the “national interest”, for the purposes of s. 34(2) of the *IRPA*.

En prenant sa décision, le ministre n’a pas défini expressément l’expression « intérêt national ». Bien que notre Cour ne soit pas en mesure de déterminer de manière définitive le raisonnement qu’a effectivement tenu le ministre, elle peut examiner l’interprétation que le ministre semble avoir donnée de l’expression « intérêt national », à partir de sa « décision expresse motivée » et du chapitre 10 du guide opérationnel *Traitement des demandes au Canada* : « Refus des cas de sécurité nationale/Traitement des demandes en vertu de l’intérêt national » de CIC (le « guide opérationnel »), qui régissent la portée et le contexte de ces motifs, ainsi que la question de savoir si cette interprétation implicite, et la décision du ministre dans son ensemble, étaient raisonnables. Si le ministre avait défini expressément l’expression « intérêt national » à l’appui de sa décision sur le fond, sa définition aurait porté principalement sur la sécurité nationale et la sécurité publique, sans écarter les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ou toutes autres considérations analogues. Le guide opérationnel ne constituait pas un code définitif et rigide. Il contenait plutôt un ensemble de facteurs, apparemment pertinents et raisonnables, relatifs à l’examen des demandes de dispense ministérielle. Le ministre n’était pas tenu de l’appliquer d’une manière rigide, mais il guidait l’exercice de son pouvoir discrétionnaire et l’aidait à élaborer un processus administratif juste applicable à ces demandes.

Il convient de faire preuve de retenue à l’égard de cette interprétation implicite que le ministre a donnée de l’expression « intérêt national ». Le ministre a donné une interprétation raisonnable de l’expression « intérêt national ». Le sens ordinaire de la disposition milite en faveur d’une interprétation plus large de l’expression « intérêt national » que celle qui limiterait la portée de cette expression à la protection de la sécurité publique et de la sécurité nationale. Le libellé de la loi, l’historique législatif de la disposition, son objectif et son contexte sont conformes à l’interprétation implicite que le ministre donne de cette expression. L’article 34 vise à protéger le Canada, mais dans la perspective du caractère démocratique du Canada, une nation qui entend protéger les valeurs fondamentales de sa *Charte* et de son histoire de démocratie parlementaire. L’article 34 ne devrait pas devenir une formule de rechange à l’examen pour des raisons d’ordre humanitaire; toutefois, il n’exclut pas nécessairement la prise en compte de facteurs personnels qui peuvent être pertinents dans le cadre de ce type particulier d’examen. Une analyse fondée sur les principes d’interprétation législative révèle qu’un large éventail de facteurs peuvent être pertinents à l’égard de la détermination de ce que l’« intérêt national » peut comporter pour les besoins du par. 34(2) de la *LIPR*.

The Minister's reasons were justifiable, transparent and intelligible. Although brief, they made clear the process he had followed in ruling on A's application for ministerial relief. He reviewed and considered all the material and evidence before him. Having done so, he placed particular emphasis on: A's contradictory and inconsistent accounts of his involvement with the LNSF, a group that has engaged in terrorism; the fact that A was most likely aware of the LNSF's previous activity; and the fact that A had had sustained contact with the LNSF. The Minister's reasons revealed that, on the basis of his review of the evidence and other submissions as a whole, and of these factors in particular, he was not satisfied that A's continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The Minister's reasons allow this Court to clearly understand why he made the decision he did.

The Minister's decision falls within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in light of the facts and the law. The burden was on A to show that his continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The Minister declined to provide discretionary relief to A, as he was not satisfied that this burden had been discharged. His conclusion was acceptable in light of the facts which had been submitted to him. Courts reviewing the reasonableness of a minister's exercise of discretion are not entitled to engage in a new weighing process. The Minister reviewed and considered (i.e. weighed) all the factors set out in A's application which were relevant to determining what was in the "national interest" in light of his reasonable interpretation of that term. Given that the Minister considered and weighed all the relevant factors as he saw fit, it is not open to the Court to set the decision aside on the basis that it is unreasonable.

The Minister's decision was not unfair, nor was there a failure to meet A's legitimate expectations or to discharge the duty of procedural fairness owed to him. In this case, the Guidelines created a clear, unambiguous and unqualified procedural framework for the handling of relief applications, and thus a legitimate expectation that that framework would be followed. The Guidelines were published by CIC, and, although CIC is not the Minister's department, it is clear that they are used by employees of both CIC and the Canada Border Services Agency for guidance in the exercise of their functions and in applying the legislation. The Guidelines are and

Les motifs du ministre étaient justifiables, transparents et intelligibles. Malgré leur brièveté, ils indiquaient clairement le processus décisionnel suivi relativement à la demande de dispense ministérielle de A. Le ministre a examiné toutes les pièces et les éléments de preuve qui lui ont été soumis. Il a particulièrement tenu compte du fait que A avait donné des récits contradictoires et incohérents au sujet de son association au FSNL, un groupe qui s'était livré au terrorisme; du fait que A était fort probablement au courant des activités antérieures du FSNL, et du fait que A avait entretenu des contacts suivis avec le FSNL. Il ressort des motifs du ministre que, en se fondant sur l'examen qu'il a fait des éléments de preuve et des observations dans leur ensemble, et de ces facteurs en particulier, il n'était pas convaincu que la présence continue de A au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. Les motifs du ministre permettent à la Cour de saisir clairement pourquoi il est arrivé à cette décision.

La décision du ministre s'inscrit dans un éventail de solutions acceptables possibles qui peuvent se justifier au regard des faits et du droit. Il incombait à A de démontrer que sa présence continue au Canada ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national. Le ministre a refusé d'accorder à A une dispense de nature discrétionnaire parce qu'il n'était pas convaincu que ce dernier s'était acquitté de ce fardeau de preuve. Sa conclusion était acceptable au regard des faits qui lui avaient été présentés. Dans le cadre d'un contrôle du caractère raisonnable de l'exercice ministériel d'un pouvoir discrétionnaire, les tribunaux ne sont pas autorisés à utiliser un nouveau processus d'évaluation. Le ministre a examiné et tenu compte de (c.-à-d. a évalué) tous les facteurs exposés dans la demande de A qui étaient pertinents pour décider ce qui était dans l'« intérêt national », selon son interprétation raisonnable de cette expression. Puisque le ministre a examiné et évalué tous les facteurs pertinents comme il l'a jugé à propos, il n'appartient pas à la Cour d'annuler sa décision parce qu'elle serait déraisonnable.

La décision du ministre n'était pas inéquitable et ne constituait pas une atteinte aux attentes légitimes de A; elle respectait l'obligation d'équité procédurale envers ce dernier. En l'espèce, le guide opérationnel a créé un cadre procédural clair, net et explicite pour le traitement des demandes de dispense et, de ce fait, une attente légitime quant à son application. Le guide a été publié par CIC, et bien que ce ministère ne relève pas du ministre, il est clair que ce guide est utilisé à la fois par les agents de CIC et les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada dans l'exercice de leurs fonctions et pour l'application de la loi. Le guide opérationnel

were publicly available, and they constitute a relatively comprehensive procedural code for dealing with applications for ministerial relief. Thus, A could reasonably expect that his application would be dealt with in accordance with the process set out in them. A has not shown that his application was not dealt with in accordance with this process outlined in the Guidelines. If A had a legitimate expectation that the Minister would consider certain factors, including the Guidelines and humanitarian and compassionate factors, in determining his application for relief, this expectation was fulfilled.

Cases Cited

Applied: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Abdella v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1199, 355 F.T.R. 86; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Telfer v. Canada Revenue Agency*, 2009 FCA 23, 386 N.R. 212; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Esmaeili-Tarki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 509 (CanLII); *Miller v. Canada (Sollicitor General)*, 2006 FC 912, [2007] 3 F.C.R. 438; *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 123, [2007] 4 F.C.R. 658; *Al Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 381, 311 F.T.R. 193; *Soe v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 461 (CanLII); *Kanaan v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2008 FC 241, 71 Imm. L.R. (3d) 63; *Chogolzadeh v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 405, 327 F.T.R. 39; *Tameh v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 884, 332 F.T.R. 158; *Kablawi v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 1011, 333 F.T.R. 300; *Ramadan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1155, 335 F.T.R. 227; *Afridi v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2008 FC 1192, 75 Imm. L.R. (3d) 291; *Ismeal v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2008 FC 1366, 77 Imm. L.R. (3d) 310; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012

était accessible au public et l'est encore, et il constitue un code de procédure relativement exhaustif concernant le traitement des demandes de dispense ministérielle. A pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce que sa demande soit traitée conformément au processus qui y est prévu. A n'a pas démontré que ce processus prévu dans le guide opérationnel n'a pas été suivi lors du traitement de sa demande. Si A avait une attente légitime que le ministre tiendrait compte, pour trancher sa demande de dispense, de certains facteurs, dont le guide opérationnel et les facteurs d'ordre humanitaire, il a été satisfait à cette attente.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés :** *Abdella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1199 (CanLII); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Agence du revenu) c. Telfer*, 2009 CAF 23 (CanLII); *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Esmaeili-Tarki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 509 (CanLII); *Miller c. Canada (Solliciteur général)*, 2006 CF 912, [2007] 3 R.C.F. 438; *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 123, [2007] 4 R.C.F. 658; *Al Yamani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 381 (CanLII); *Soe c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 461 (CanLII); *Kanaan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 241 (CanLII); *Chogolzadeh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 405 (CanLII); *Tameh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 884 (CanLII); *Kablawi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 1011 (CanLII); *Ramadan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1155 (CanLII); *Afridi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 1192 (CanLII); *Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 1366 (CanLII); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Bell ExpressVu Limited Partnership*

SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539.

Statutes and Regulations Cited

Canada Border Services Agency Act, S.C. 2005, c. 38, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Department of Public Safety and Emergency Preparedness Act, S.C. 2005, c. 10.
Immigration Act, R.S.C. 1952, c. 325, s. 5(l).
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 19(1)(f)(iii)(B).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(1)(e).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), 4(2) [repl. 2005, c. 38, s. 118], 4(2)(c), 25, 25.1, 34, 44.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).
 Canada. Citizenship and Immigration. *Inland Processing Operational Manual*, Chapter 10, “Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests”, October 24, 2005.
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. “Ninth Report”, 1st Sess., 37th Parl., October 23, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca>).
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Noël and Pelletier J.J.A.), 2011 FCA 103, 415 N.R. 121, 96 Imm. L.R. (3d) 20, [2011] F.C.J. No. 407 (QL), 2011 CarswellNat 639, setting aside a decision of Mosley J., 2009 FC 1302,

c. Rex, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada, L.C. 2005, ch. 38, art. 5.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)(f)(iii)(B).
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, ch. 325, art. 5l).
Loi sur l'immigration de 1976, L.C. 1976-77, ch. 52, art. 19(1)(e).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), 4(2) [repl. 2005, ch. 38, art. 118], 4(2)(c), 25, 25.1, 34, 44.
Loi sur le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile, L.C. 2005, ch. 10.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2012).
 Canada. Citoyenneté et Immigration. *Guide opérationnel : Traitement des demandes au Canada*, chapitre 10, « Refus des cas de sécurité nationale/ Traitement des demandes en vertu de l'intérêt national », 24 octobre 2005.
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. « Neuvième rapport », 1^{re} sess., 37^e lég., 23 octobre 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca>).
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Noël et Pelletier), 2011 CAF 103, 415 N.R. 121, 96 Imm. L.R. (3d) 20, [2011] A.C.F. n° 407 (QL), 2011 CarswellNat 2494, qui a infirmé une décision du

357 F.T.R. 246, 87 Imm. L.R. (3d) 135, [2009] F.C.J. No. 1664 (QL), 2009 CarswellNat 4438. Appeal dismissed.

Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland and Clare Crummey, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and Marianne Zoric, for the respondent.

Written submissions only by *Jill Copeland and Colleen Bauman*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Leigh Salsberg, for the intervener Ahmad Daud Maqsudi.

John Norris and Andrew Brouwer, for the interveners the Canadian Council for Refugees and the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Barbara Jackman and Hadayt Nazami, for the interveners the Canadian Arab Federation and the Canadian Tamil Congress.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The appellant, Muhsen Ahmed Ramadan Agraira, a citizen of Libya, has been residing in Canada continuously since 1997, despite having been found to be inadmissible on security grounds in 2002. The finding of inadmissibility was based on the appellant's membership in the Libyan National Salvation Front ("LNSF") — a terrorist organization according to Citizenship and Immigration Canada ("CIC"). The appellant applied in 2002 under s. 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), for ministerial relief from the determination of inadmissibility, but his application was denied in 2009. The Minister of Public Safety and Emergency

juge Mosley, 2009 CF 1302, 357 F.T.R. 246, 87 Imm. L.R. (3d) 135, [2009] A.C.F. n° 1664 (QL), 2009 CarswellNat 5509. Pourvoi rejeté.

Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland et Clare Crummey, pour l'appelant.

Urszula Kaczmarczyk et Marianne Zoric, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Jill Copeland et Colleen Bauman*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Leigh Salsberg, pour l'intervenant Ahmad Daud Maqsudi.

John Norris et Andrew Brouwer, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Barbara Jackman et Hadayt Nazami, pour les intervenants la Fédération canado-arabe et le Congrès tamoul canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] L'appelant, Muhsen Ahmed Ramadan Agraira, un citoyen de la Libye, réside au Canada sans interruption depuis 1997, même s'il a été déclaré interdit de territoire pour raison de sécurité en 2002. L'interdiction de territoire reposait sur son appartenance au Front du salut national libyen (« FSNL ») — une organisation terroriste selon Citoyenneté et Immigration Canada (« CIC »). En 2002, l'appelant a demandé, aux termes du par. 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »), une dispense ministérielle à l'égard du constat d'interdiction de territoire, mais sa demande a été rejetée en 2009. Le ministre de la Sécurité

Preparedness (“Minister”) concluded that it was not in the national interest to admit individuals who have had sustained contact with known terrorist and/or terrorist-connected organizations. The appellant’s application for permanent residence was accordingly denied, and he is now at risk of deportation.

[2] Mr. Agraira appeals to this Court from a decision in which the Federal Court of Appeal dismissed an application for judicial review of the Minister’s decision denying relief from the determination of inadmissibility. He contends that the Minister took an overly narrow view of the term “national interest” in s. 34(2) of the *IRPA* by equating it with national security and public safety. He adds that the Minister’s decision failed to meet his legitimate expectations that certain procedures would be followed and certain factors would be taken into account in determining his application for relief.

[3] The question raised by this appeal is whether the Minister’s decision to deny relief can be successfully challenged. Two central issues are raised. First, what is the appropriate standard of review to apply to the Minister’s decision? Second, in light of this standard, should the Minister’s decision be set aside? This appeal also raises two other issues incidental to these central issues, namely the interpretation of the term “national interest” in s. 34(2) of the *IRPA* and the impact of any legitimate expectations created by Chapter 10 of CIC’s *Inland Processing Operational Manual: “Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests”* (the “Guidelines”).

[4] I agree with the Federal Court of Appeal, but for reasons differing in part, that the Minister’s decision was reasonable and that the application for judicial review should be dismissed.

publique et de la Protection civile (« ministre ») a conclu qu’il n’était pas dans l’intérêt national d’admettre des individus qui avaient entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues ou avec des organisations ayant des liens avec des terroristes. La demande de résidence permanente de l’appelant a donc été refusée et celui-ci risque à présent d’être expulsé.

[2] M. Agraira se pourvoit devant notre Cour contre une décision par laquelle la Cour d’appel fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre refusant d’accorder une dispense quant au constat d’interdiction de territoire. Il affirme que le ministre a interprété trop étroitement l’expression « intérêt national » au par. 34(2) de la *LIPR*, en l’assimilant à la sécurité nationale et à la sécurité publique. Il ajoute que la décision du ministre n’a pas répondu à ses attentes légitimes que certaines procédures seraient suivies et que certains facteurs seraient pris en considération lors de l’examen de sa demande de dispense.

[3] Dans le présent pourvoi, il s’agit de déterminer si la décision du ministre de refuser la dispense peut être attaquée avec succès. Deux questions principales se posent. Premièrement, quelle norme de contrôle s’applique à la décision du ministre? Deuxièmement, l’application de cette norme permet-elle d’annuler la décision du ministre? Le présent pourvoi soulève aussi deux autres questions incidentes — l’interprétation de l’expression « intérêt national » figurant au par. 34(2) de la *LIPR* et l’incidence des attentes légitimes découlant du chapitre 10 du guide opérationnel *Traitement des demandes au Canada* : « Refus des cas de sécurité nationale/Traitement des demandes en vertu de l’intérêt national » de CIC (le « guide opérationnel »).

[4] À l’instar de la Cour d’appel fédérale, mais pour des motifs qui diffèrent en partie, je conclus que la décision du ministre était raisonnable et qu’il y a lieu de rejeter la demande de contrôle judiciaire.

II. Background

[5] The appellant left Libya in 1996. He first sought refugee status in Germany on the basis of his connection with the LNSF, but his application was denied. He entered Canada in 1997, at Toronto, using a fake Italian passport. He applied for Convention Refugee status in this country on the basis of his affiliation with the LNSF. On his personal information form, he described his activities with that organization as follows: as a member of an 11-person cell, he had delivered envelopes to members of other cells, raised funds, and watched the movements of supporters of the regime then in power. As part of his training, he was taught how to engage people in political discourse and how to raise funds.

[6] The appellant was heard by the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board. At the hearing, he provided a letter from the LNSF confirming his membership in that organization. On October 24, 1998, he was denied Convention Refugee status on the basis that he lacked credibility.

[7] While his application for refugee status was pending, the appellant married a Canadian woman in a religious ceremony in December 1997. He later married her in a civil ceremony in March 1999. His wife sponsored his application for permanent residence in August 1999.

[8] In May 2002, the appellant was advised by CIC that his application for permanent residence might be refused, because there were grounds to believe that he was or had been a member of an organization that was or had been engaged in terrorism, contrary to s. 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (“IA”), which was then in force.

[9] Later in May 2002, the appellant was interviewed by an immigration officer. In the course of that interview, he confirmed that he had been a member of the LNSF, but claimed that he had

II. Contexte factuel

[5] L’appelant a quitté la Libye en 1996. Il a d’abord demandé l’asile en Allemagne en invoquant ses liens avec le FSNL, mais il s’est vu refuser sa demande. Il est entré au Canada en 1997, à Toronto, muni d’un faux passeport italien. Il a alors demandé le statut de réfugié au sens de la Convention en raison de son affiliation au FSNL. Dans son formulaire de renseignements personnels, il a décrit comme suit ses activités au sein de cette organisation. En tant que membre d’une cellule de onze personnes, il avait livré des enveloppes aux membres d’autres cellules, recueilli des fonds et surveillé les mouvements des partisans du régime alors en place. Dans le cadre de sa formation, on lui avait appris à amener les gens à parler de politique ainsi qu’à solliciter de l’argent.

[6] La Section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a instruit la demande de l’appelant. À l’audience, il a présenté une lettre du FSNL attestant son appartenance à cette organisation. Sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée le 24 octobre 1998 pour manque de crédibilité.

[7] Alors que sa demande d’asile était en instance, l’appelant a épousé une Canadienne au cours d’une cérémonie religieuse en décembre 1997, puis au cours d’une cérémonie civile en mars 1999. Son épouse a parrainé sa demande de résidence permanente en août 1999.

[8] En mai 2002, CIC a avisé l’appelant que sa demande de résidence permanente pouvait être rejetée, parce que l’on pouvait croire qu’il appartenait ou avait appartenu à une organisation qui se livrait ou s’était livrée au terrorisme, en violation de la disposition 19(1)(f)(iii)(B) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (« LI »), qui était alors en vigueur.

[9] Plus tard en mai 2002, une agente de l’immigration a interrogé l’appelant. Lors de cette entrevue, il a confirmé avoir été membre du FSNL, mais a affirmé avoir exagéré auparavant

previously exaggerated the extent of his involvement in order to bolster his refugee claim. Although he now claimed that he did not know very much about the LNSF, he was able to name its founder and its current leader. Also, after stating that he had attended LNSF meetings in Libya, he said that he had only discussed the group with friends. Finally, he stated that he had had no contact with the LNSF after leaving Libya, but then acknowledged having received newsletters from chapters in the United States since that time. These contradictions led the immigration officer to conclude that the appellant was or had been a member of an organization that engaged in terrorism. He was found to be inadmissible on that basis.

[10] On May 22, 2002, CIC sent the appellant a letter advising him of the possibility of requesting ministerial relief. In July of that year, the appellant applied for that relief. The immigration officer noted, while preparing her report on the interview, that, once again, there were statements in the appellant's application for relief that contradicted earlier statements he had made. For example, the appellant indicated in this application that he had attended meetings of the LNSF at which he had been trained to approach potential members and raise funds. However, in his interview with the immigration officer, the appellant said that he was unaware how the LNSF funded itself or how it recruited members. The officer concluded that the appellant had been and continued to be a member of the LNSF, but that his involvement had been limited to distributing leaflets and enlisting support for the organization. She therefore recommended that he be granted relief.

[11] At the same time (July 2002), the officer prepared a Report on Inadmissibility regarding the appellant under s. 44(1) of the *IRPA*. Her report indicated that he was inadmissible to Canada pursuant to s. 34(1)(f) of the *IRPA* because he was a member of a terrorist organization.

[12] Next, in August 2005, a briefing note for the Minister was prepared by the Canada Border Services Agency ("CBSA"). After having been

l'importance de son rôle pour renforcer sa demande d'asile. Il a prétendu ne pas savoir grand-chose du FSNL, mais il a été en mesure de nommer le fondateur et le chef actuel de l'organisation. Après avoir déclaré qu'il avait participé à des réunions du FSNL en Libye, il a ajouté n'avoir parlé de ce groupe qu'avec des amis. Enfin, il a déclaré n'avoir eu aucun contact avec le FSNL depuis son départ de Libye, mais a reconnu avoir reçu depuis des bulletins d'information de diverses sections locales de cette organisation aux États-Unis. Compte tenu de ces contradictions, l'agente d'immigration a conclu que l'appelant appartenait ou avait appartenu à une organisation qui se livrait au terrorisme. Pour ce motif, il a été déclaré interdit de territoire.

[10] Le 22 mai 2002, CIC a envoyé à l'appelant une lettre l'informant de la possibilité de demander une dispense ministérielle. En juillet de la même année, l'appelant a présenté une demande de dispense. En rédigeant son rapport d'entrevue, l'agente d'immigration a noté que la demande de dispense de l'appelant renfermait d'autres contradictions avec ses déclarations antérieures. Par exemple, l'appelant indiquait dans cette demande avoir participé à des réunions du FSNL au cours desquelles on lui avait montré comment recruter des membres et comment recueillir des fonds. Or, au cours de son entrevue avec l'agente d'immigration, l'appelant avait déclaré ignorer comment le FSNL se finançait ou recrutait ses membres. L'agente a conclu que l'appelant avait été et demeurait toujours membre du FSNL, mais que sa participation s'était limitée à la distribution de tracts et la recherche d'appuis pour l'organisation. Elle a donc recommandé l'octroi d'une dispense.

[11] En même temps (en juillet 2002), en vertu du par. 44(1) de la *LIPR*, l'agente a établi au sujet de l'appelant un rapport d'interdiction de territoire. Elle y indiquait que l'appelant était interdit de territoire au Canada en application de l'al. 34(1)f) de la *LIPR* parce qu'il était membre d'une organisation terroriste.

[12] Ensuite, au mois d'août 2005, l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») a rédigé une note documentaire à l'intention du ministre.

reviewed by counsel for the appellant, who made no further comment, the note was submitted to the Minister on March 9, 2006. It contained a recommendation that the appellant be granted relief, as there was “not enough evidence to conclude that Mr. Ramadan Agraira’s continued presence in Canada would be detrimental to the national interest” (A.R., vol. I, at p. 9). This recommendation was based on the following considerations:

Mr. Ramadan Agraira admitted to joining the LNSF but was only a member for approximately two years. There is some information to suggest that he became a member at a time when the organization was not in its most active phase and well after it was involved in an operation to overthrow the Libyan regime. He initially stated that he had participated in a number of activities on behalf of the organization but later indicated that he had exaggerated the extent of his involvement so that he could make a stronger claim to refugee status in Canada. This is supported to some extent by the fact that his attempts to obtain refugee status in Germany and Canada were rejected on the basis of credibility. Mr. Ramadan Agraira denied having been involved in any acts of violence or terrorism and there is no evidence to the contrary. He appears to have been a regular member who did not occupy a position of trust or authority within the LNSF. He does not appear to have been totally committed to the LNSF specifically as he indicated to the immigration officer at CIC Oshawa that he would support anyone who tried to remove the current regime in Libya through non-violent means. [A.R., vol. I, at p. 9]

[13] On January 27, 2009, the Minister rejected the recommendation in the briefing note. The response he gave was as follows:

After having reviewed and considered the material and evidence submitted in its entirety as well as specifically considering these issues:

- The applicant offered contradictory and inconsistent accounts of his involvement with the Libyan National Salvation Front (LNSF).

La note a été examinée par l’avocat de l’appellant, qui n’a pas fait d’autres commentaires. Cette note a été transmise au ministre le 9 mars 2006. On y recommandait l’octroi d’une dispense à l’appellant au motif qu’il n’y avait [TRADUCTION] « pas suffisamment d’éléments de preuve pour conclure que la présence continue de M. Ramadan Agraira au Canada serait préjudiciable à l’intérêt national » (d.a., vol. I, p. 9). Cette recommandation reposait sur les considérations suivantes :

[TRADUCTION] M. Ramadan Agraira a admis qu’il avait joint les rangs du FSNL, ajoutant toutefois qu’il n’en avait été membre que pendant environ deux ans. Certains renseignements donnent à penser qu’il était devenu membre du FSNL à un moment où cette organisation n’était pas dans sa phase la plus active et bien après qu’elle eut pris part à une opération visant à renverser le régime libyen. Il a d’abord affirmé avoir participé à plusieurs activités au profit du FSNL, mais il a par la suite expliqué qu’il avait exagéré l’importance de sa participation pour donner plus de poids à sa revendication du statut de réfugié au Canada, ce qui est confirmé jusqu’à un certain point par le fait que ses démarches en vue d’obtenir le statut de réfugié en Allemagne et au Canada avaient échoué pour des raisons de crédibilité. M. Ramadan Agraira nie avoir pris part à des actes de violence ou de terrorisme et il n’y a aucun élément de preuve permettant de penser le contraire. Il semble avoir été un membre ordinaire qui n’occupait pas un poste de confiance ou d’autorité au sein du FSNL. Il ne semble pas s’être entièrement dévoué à la cause du FSNL, comme le démontre en particulier le fait qu’il a déclaré à un agent d’immigration de CIC à Oshawa qu’il appuierait quiconque chercherait à renverser le régime actuel en Libye par des moyens non violents. [d.a., vol. I, p. 9]

[13] Le 27 janvier 2009, le ministre a rejeté la recommandation formulée dans la note documentaire. Voici le texte intégral de sa réponse :

[TRADUCTION] Après avoir examiné au complet les pièces et les éléments de preuve qui ont été soumis et après avoir particulièrement tenu compte des éléments suivants :

- Le demandeur a donné des récits contradictoires et incohérents au sujet de son association au Front du salut national libyen (FSNL).

- There is clear evidence that the LNSF is a group that has engaged in terrorism and has used terrorist violence in attempts to overthrow a government.
 - There is evidence that LNSF has been aligned at various times with Libyan Islamic opposition groups that have links to Al-Qaeda.
 - It is difficult to believe that the applicant, who in interviews with officials indicated at one point that he belonged to a “cell” of the LNSF which operated to recruit and raise funds for LNSF, was unaware of the LNSF’s previous activity.
- Il y a des éléments de preuve démontrant clairement que le FSNL est un groupe qui se livre à du terrorisme et qui a eu recours à la violence et au terrorisme afin de tenter de renverser un gouvernement.
 - Il y a des éléments de preuve démontrant que le FSNL a à divers moments soutenu des groupes d’opposition islamiques libyens qui ont des liens avec Al-Qaïda.
 - Il est difficile de croire que le demandeur n’était pas au courant des activités antérieures du FSNL alors que, lors de ses entrevues avec les autorités, il a expliqué qu’il avait déjà fait partie d’une « cellule » du FSNL, qui avait pour mission de recruter des membres et de solliciter de l’argent pour le FSNL.

It is not in the national interest to admit individuals who have had sustained contact with known terrorist and/or terrorist-connected organizations. Ministerial relief is denied. [A.R., vol. I, at p. 11]

Il n’est pas dans l’intérêt national d’admettre des individus qui ont entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues ou des organisations ayant des liens avec des terroristes. La dispense ministérielle est refusée. [d.a., vol. I, p. 11]

[14] On March 24, 2009, the appellant received notice that his application for permanent residence was denied. He then applied to the Federal Court for judicial review of the Minister’s decision regarding relief.

[14] Le 24 mars 2009, l’appelant a reçu l’avis du rejet de sa demande de résidence permanente. Il a alors saisi la Cour fédérale d’une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre relative à la dispense.

III. Judicial History

III. Historique judiciaire

A. *Federal Court, 2009 FC 1302, 357 F.T.R. 246*

A. *Cour fédérale, 2009 CF 1302 (CanLII)*

[15] Mosley J. began his analysis by ruling on the standard of review. He held that the appropriate standard was reasonableness, citing the discretionary nature of the decision, the fact that it was not delegable, and the Minister’s expertise in matters of national security and the national interest. He added that the political nature of the decision and the Minister’s special knowledge involving sensitivity to the imperatives of public policy and the nuances of the legislative scheme also weighed in favour of deference.

[15] Au début de son analyse, le juge Mosley a déterminé la norme de contrôle applicable. Il a conclu que la norme de la décision raisonnable s’appliquait en raison du caractère discrétionnaire de la décision, du fait que le ministre ne pouvait pas déléguer son pouvoir décisionnaire, et en raison de l’expertise du ministre en matière de sécurité nationale et d’intérêt national. Le juge a ajouté que la nature politique de la décision et la connaissance spéciale du ministre qui fait appel à la sensibilité à l’égard des impératifs liés à l’intérêt public et des subtilités du régime législatif jouaient également en faveur de la retenue judiciaire.

[16] In applying the reasonableness standard, Mosley J. considered the fact that the Minister had focused on evidence that the LNSF had engaged in terrorism and been aligned with Libyan Islamic

[16] En appliquant la norme de la décision raisonnable, le juge Mosley a tenu compte du fait que le ministre avait mis l’accent sur la preuve que le FSNL s’était livré à des activités

groups that had links to Al-Qaeda. He found, on the contrary, that the evidence of the LNSF's engagement in terrorism was minimal at best. In particular, the LNSF did not appear on the lists of terrorist organizations of the United Nations, Canada and the United States. Although several Libyan opposition groups had direct links with Al-Qaeda, there was no evidence in the record that LNSF was one of them. Because it had been previously determined that the LNSF was a terrorist group for the purposes of s. 34(1)(f) of the *IRPA*, the court could not review that finding. However, Mosley J. found it difficult to understand why the Minister had given so much weight to the LNSF's engagement in terrorism and its alignment with Libyan Islamic groups that had links to Al-Qaeda.

terroristes et avait soutenu des groupes islamiques libyens qui entretenaient des liens avec Al-Qaïda. Contrairement au ministre, le juge a conclu que la preuve concernant la participation du FSNL à des activités terroristes était fort minime. Plus particulièrement, le FSNL ne figurait pas sur les listes d'organisations terroristes tenues par les Nations Unies, le Canada et les États-Unis. Même si plusieurs groupes d'opposition libyens entretenaient des liens directs avec Al-Qaïda, aucun élément de preuve au dossier n'indiquait que le FSNL appartenait à ces groupes. Parce que l'on avait déjà déterminé que le FSNL était un groupe terroriste au sens de l'al. 34(1)f) de la *LIPR*, cette conclusion ne pouvait pas faire l'objet du contrôle judiciaire. Toutefois, le juge Mosley a estimé avoir de la difficulté à comprendre pourquoi le ministre avait accordé autant d'importance à la participation du FSNL à des activités terroristes et au soutien de groupes islamiques libyen qui avaient des liens avec Al-Qaïda.

[17] Mosley J. then referred to the Federal Court's decision in *Abdella v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1199, 355 F.T.R. 86, in which Gibson J. had relied on the Guidelines to set aside the Minister's decision to deny relief under s. 34(2). Appendix D to the Guidelines contains five questions to be addressed in the context of an application for such relief:

1. Will the applicant's presence in Canada be offensive to the Canadian public?
2. Have all ties with the regime/organization been completely severed?
3. Is there any indication that the applicant might be benefiting from assets obtained while a member of the organization?
4. Is there any indication that the applicant might be benefiting from previous membership in the regime/organization?
5. Has the person adopted the democratic values of Canadian society?

[18] Mosley J. noted that in the instant case, the Minister had not addressed these questions in the

[17] Le juge Mosley a mentionné ensuite la décision de la Cour fédérale *Abdella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1199 (CanLII), où le juge Gibson s'était appuyé sur le guide pour annuler la décision du ministre de refuser une dispense en application du par. 34(2). L'annexe D du guide opérationnel énonce cinq questions à examiner dans le cadre d'une demande de dispense :

1. La présence du demandeur au Canada est-elle inconvenante pour le public canadien?
2. Les liens du demandeur avec l'organisation/le régime sont-ils complètement rompus?
3. Y a-t-il des indications quelconques que le demandeur pourrait bénéficier d'un avoir obtenu lorsqu'il était membre de l'organisation?
4. Y a-t-il des indications quelconques que le demandeur pourrait retirer des bénéfices de son appartenance passée à l'organisation/au régime?
5. Le demandeur a-t-il adopté les valeurs démocratiques de la société canadienne?

[18] Le juge Mosley a noté qu'en l'espèce le ministre n'avait pas examiné ces questions dans les

reasons he gave for his decision, nor had he balanced the factors the Federal Court had in past cases identified as being relevant to the determination of what is in the national interest, namely: whether the appellant posed a threat to Canada's security; whether the appellant posed a danger to the public; the period of time the appellant had been in Canada; whether the determination is consistent with Canada's humanitarian reputation of allowing permanent residents to settle in Canada; the impact on both the appellant and all other members of society of the denial of permanent residence; and adherence to all Canada's international obligations. He criticized the Minister for not considering in his decision the facts that the appellant had been residing in Canada since 1997 and had been a productive member of society, that he had no criminal record, and that he owned a business earning over \$100,000 a year. In Mosley J.'s view, the exercise of the Minister's discretion seemed to have been rendered meaningless by the Minister's "simplistic view that the presence in Canada of someone who at some time in the past may have belonged to a terrorist organization abroad can never be in the national interest" (para. 27).

[19] Mosley J. granted the application for judicial review and certified the following questions for consideration by the Federal Court of Appeal:

When determining a ss. 34(2) application, must the Minister of Public Safety consider any specific factors in assessing whether a foreign national's presence in Canada would be contrary to the national interest? Specifically, must the Minister consider the five factors listed in the Appendix D of IP 10? [para. 32]

B. *Federal Court of Appeal, 2011 FCA 103, 415 N.R. 121*

[20] In the Federal Court of Appeal, Pelletier J.A. (Blais C.J. and Noël J.A. concurring) considered the issues separately in ruling on the standard of review. He held that establishing the meaning

motifs de sa décision et qu'il n'avait pas soupesé les facteurs suivants que les décisions antérieures de la Cour fédérale avaient reconnus comme pertinents dans le cas d'une détermination de ce qui constitue l'intérêt national : si l'appelant représentait une menace pour la sécurité du Canada; si l'appelant représentait une menace pour la sécurité du public; depuis combien de temps l'appelant se trouvait au Canada; si la décision était conforme à la réputation humanitaire du Canada d'autoriser les résidents permanents à s'établir au pays; les conséquences du refus de la résidence permanente pour l'appelant et pour tous les autres membres de la société; et si toutes les obligations internationales du Canada avaient été respectées. Le juge Mosley a reproché au ministre de ne pas avoir tenu compte dans sa décision du fait que l'appelant résidait au Canada depuis 1997, qu'il était un membre productif de la société, qu'il ne possédait pas de casier judiciaire et qu'il exploitait sa propre entreprise avec des gains supérieurs à 100 000 \$ par année. Selon le juge Mosley, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre semblait dénué de sens en raison de « l'opinion simpliste selon laquelle la présence au Canada d'une personne qui, à un moment donné dans le passé, a peut-être été membre d'une organisation terroriste à l'étranger ne peut jamais être dans l'intérêt national » (par. 27).

[19] Le juge Mosley a accueilli la demande de contrôle judiciaire et a certifié les questions suivantes soumises pour examen à la Cour d'appel fédérale :

Dans le cadre d'une demande présentée en vertu du paragraphe 34(2), le ministre de la Sécurité publique doit-il tenir compte de facteurs particuliers pour déterminer si la présence d'un étranger au Canada serait contraire à l'intérêt national? Plus particulièrement, le ministre doit-il tenir compte des cinq facteurs énumérés à l'annexe D du guide IP 10? [par. 32]

B. *Cour d'appel fédérale, 2011 CAF 103 (CanLII)*

[20] En Cour d'appel fédérale, le juge Pelletier (avec l'accord du juge en chef Blais et du juge Noël) a subdivisé l'examen des questions requises pour déterminer la norme de contrôle applicable.

of the term “national interest” for the purposes of s. 34(2) is a question of law in respect of which the Minister has no particular expertise and for which the appropriate standard is therefore correctness. The appropriate standard for reviewing the exercise of the Minister’s discretion, on the other hand, is reasonableness.

[21] Pelletier J.A. confirmed that, in an application for ministerial relief, the onus is on the applicant to satisfy the Minister that his or her presence in Canada would not be detrimental to the national interest. Because this onus was reversed in the briefing note, he held that it was open to the Minister to disregard the recommendation made in the note.

[22] Pelletier J.A. next turned to the interpretation of s. 34(2) of the *IRPA*. He tracked the legislative evolution of s. 34(2) to find what, in his view, was the correct interpretation of this subsection. He noted that Parliament had transferred the responsibility for exercising the discretion from the Minister of Citizenship and Immigration (“MCI”) to the Minister. As a result of this change, s. 34(2) has to be read in light of the objects of the *Department of Public Safety and Emergency Preparedness Act*, S.C. 2005, c. 10 (“*DPSEPA*”) (the Minister’s enabling statute), the *Canada Border Services Agency Act*, S.C. 2005, c. 38 (“*CBSAA*”) (the statute governing the CBSA, the organization that assists the Minister in his or her duties), and the *IRPA*. These statutes work together as part of a statutory scheme to which the presumption of coherence must be applied.

[23] In May 2002, when the appellant’s admissibility interview took place, the *IA* was in force. Under the *IA*, the MCI was responsible both for the determination of inadmissibility and for the decision on granting relief. He or she was also responsible for deciding whether to grant exemptions from the *IA* on humanitarian and compassionate (“H&C”) grounds.

Il a conclu que l’interprétation de l’expression « intérêt national » au sens du par. 34(2) constituait une question de droit au regard de laquelle le ministre ne possède pas d’expertise particulière et à laquelle s’applique, par conséquent, la norme de la décision correcte. Par contre, la norme de contrôle de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre doit être celle de la décision raisonnable.

[21] Le juge Pelletier a confirmé que, dans le cas d’une demande de dispense ministérielle, il incombe au demandeur de convaincre le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national. Puisque la note documentaire a eu pour effet de renverser le fardeau de la preuve, le juge a conclu que le ministre était justifié de ne pas tenir compte de la recommandation qu’elle contenait.

[22] Le juge Pelletier a ensuite examiné l’interprétation du par. 34(2) de la *LIPR*. Il a suivi l’évolution législative de cette disposition pour en déterminer l’interprétation correcte. Il a noté que le législateur avait transféré du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile la responsabilité de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. En raison de ce changement, le par. 34(2) devait être interprété à la lumière des objectifs de la *Loi sur le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile*, L.C. 2005, ch. 10 (« *LMSPPC* ») (la loi habilitante du ministre), de la *Loi sur l’Agence des services frontaliers du Canada*, L.C. 2005, ch. 38 (« *LASFC* ») (la loi régissant l’ASFC, l’organisme chargé d’aider le ministre dans l’exercice de ses fonctions), ainsi que des objectifs de la *LIPR*. En effet, ces lois s’appliquent ensemble dans le cadre d’un régime législatif auquel il faut appliquer la présomption de cohérence.

[23] En mai 2002, lors de l’entrevue de l’appellant relatif à l’admissibilité, la *LI* était en vigueur. Sous le régime de cette loi, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration était chargé de se prononcer sur l’interdiction de territoire et sur l’octroi d’une dispense. Ce ministre devait aussi examiner les demandes d’exemption de l’application de la *LI* pour des motifs d’ordre humanitaire.

[24] On June 28, 2002, the *IRPA* replaced the *IA*. Under the transitional provisions of the *IRPA*, the appellant's application for relief would now be governed by the *IRPA*, and more specifically by s. 34 of that Act. At that time, the MCI was still responsible for deciding whether to grant relief under s. 34(2). After the *CBSAA* was passed in 2005, the responsible minister became "[t]he Minister as defined in section 2" of the *CBSAA* (*IRPA*, s. 4(2), repl. by S.C. 2005, c. 38, s. 118). In 2008, the Minister was specifically identified as the responsible minister. The MCI retained the ability to grant exemptions from the *IRPA* on H&C grounds.

[25] This review led Pelletier J.A. to conclude that under the statutory scheme, the Minister was responsible for deciding whether to grant relief, whereas the MCI continued to be responsible for deciding whether to grant exemptions on the basis of H&C considerations. Hence, Parliament intended that ministerial relief would be granted or denied on the basis of considerations other than those that could support an application for H&C relief. The proper procedure for making an application based on H&C considerations is that under s. 25 of the *IRPA*, not that of an application for ministerial relief under s. 34(2).

[26] Pelletier J.A. then equated the "national interest", for the purposes of s. 34(2), with national security and public safety. He found support for this proposition in the *DPSEPA* and the *CBSAA*. The *DPSEPA* emphasizes the Minister's responsibility for public safety and emergency preparedness. Under the *CBSAA*, the Minister is also responsible for the CBSA, whose purpose is, *inter alia*, to provide "integrated border services that support national security and public safety priorities" (*CBSAA*, s. 5). Pelletier J.A. found that this statutory scheme supports the view that the exercise of

[24] Le 28 juin 2002, la *LIPR* a remplacé la *LI*. Selon les dispositions transitoires de la *LIPR*, la demande de dispense de l'appelant est devenue assujettie à cette Loi, plus particulièrement à son art. 34. À cette époque, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration était encore chargé de statuer sur les demandes de dispense prévues au par. 34(2). À l'entrée en vigueur de la *LASFC* en 2005, le ministre responsable est devenu « [l]e ministre, au sens de l'article 2 » de la *LASFC* (*LIPR*, par. 4(2), rempl. par L.C. 2005, ch. 38, art. 118). En 2008, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a été expressément désigné comme ministre responsable. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a conservé le pouvoir de soustraire une personne à l'application de la *LIPR* pour des motifs d'ordre humanitaire.

[25] À la suite de l'examen de cette évolution législative, le juge Pelletier a conclu qu'en vertu du régime législatif le ministre était responsable de prendre les décisions en matière de dispense, alors que les décisions concernant les exemptions pour des considérations d'ordre humanitaire continuaient de relever du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. En conséquence, le législateur souhaitait que la dispense ministérielle soit accordée ou refusée pour des raisons différentes de celles qu'on invoquait à l'appui d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. De plus, la procédure applicable pour présenter une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire est celle prévue à l'art. 25 de la *LIPR* et non celle prévue au par. 34(2) qui régit les demandes de dispense ministérielle.

[26] Le juge Pelletier a ensuite estimé que l'« intérêt national » au sens du par. 34(2) était synonyme de sécurité nationale et de sécurité publique. Il a appuyé cette proposition sur la *LMSPPC* et la *LASFC*. En effet, la *LMSPPC* met l'accent sur la responsabilité du ministre en matière de sécurité publique et de protection civile. Sous le régime de la *LASFC*, le ministre se trouve également responsable de l'ASFC, qui est notamment chargée de fournir « des services frontaliers intégrés contribuant à la mise en œuvre des priorités en matière de sécurité nationale et de sécurité publique » (*LASFC*, art. 5).

the Minister's discretion under s. 34(2) must be primarily, if not exclusively, guided by his or her national security and public safety role.

[27] Pelletier J.A. next considered the effect of the Guidelines, in which the following definition of the term "national interest" appears: "The consideration of national interest involves the assessment and balancing of all factors pertaining to the applicant's admission against the stated objectives of the Act as well as Canada's domestic and international interests and obligations" (s. 6).

[28] Pelletier J.A. noted that the Guidelines cannot alter the law as enacted by Parliament and found that they are of limited application now that the Minister, as opposed to the MCI, has become responsible for decisions on granting ministerial relief under s. 34(2). This conclusion was based on s. 4(2)(c) of the *IRPA*, which provides that the Minister is responsible for the establishment of policies regarding "inadmissibility on grounds of security". As a consequence, the five factors set out in the Guidelines need not be considered in disposing of relief applications. For Pelletier J.A., this Court's dictum in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 72, to the effect that guidelines are "a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the power conferred by the section" does not apply in the case of the Guidelines. This is because the Guidelines serve to identify foreign nationals whose presence in Canada would be detrimental to the national interest, and thus to eliminate unsuitable candidates for relief. They do not serve, as was the case in *Baker*, to identify suitable candidates for relief.

D'après le juge Pelletier, ce régime législatif confirme que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire aux termes du par. 34(2), le ministre doit se guider principalement, sinon exclusivement, sur son rôle en matière de sécurité nationale et de sécurité publique.

[27] Le juge Pelletier s'est ensuite penché sur l'effet du guide opérationnel dans lequel on trouve la définition suivante de l'intérêt national : « L'étude de l'intérêt national comporte l'évaluation et la pondération de tous les facteurs relatifs à l'admission du demandeur, à la lumière des objectifs énoncés dans la Loi ainsi que des obligations et intérêts du Canada, tant nationaux qu'internationaux » (art. 6).

[28] À ce propos, le juge Pelletier a souligné que le guide opérationnel ne peut modifier la loi adoptée par le Parlement et a estimé que l'application du guide opérationnel était devenue limitée depuis que le ministre avait remplacé le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration comme responsable de la prise des décisions en matière de dispense ministérielle aux termes du par. 34(2). Cette conclusion reposait sur l'al. 4(2)c) de la *LIPR*, lequel prévoit que le ministre est chargé de l'établissement des orientations en matière « d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ». Par conséquent, le ministre n'était pas tenu de prendre en compte les cinq facteurs énoncés dans le guide opérationnel pour se prononcer sur les demandes de dispense. Selon le juge Pelletier, la remarque formulée au par. 72 de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, selon laquelle les directives sont « une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article » ne s'applique pas au guide opérationnel. En effet, le guide opérationnel sert à identifier les ressortissants étrangers dont la présence au Canada serait préjudiciable à l'intérêt national et sert donc à éliminer les candidats inadmissibles à une dispense ministérielle. Le guide opérationnel n'a pas pour objet, comme c'était le cas dans *Baker*, de sélectionner les candidats admissibles à une dispense.

[29] Pelletier J.A. then went on to hold that the fact that a finding of inadmissibility under s. 34(1) might negate the possibility of relief under s. 34(2) does not render that relief illusory. Rather, on the basis of *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, the relief under s. 34(2) was meant to apply only in exceptional cases in which the applicant's association with a terrorist group was innocent or coerced.

[30] Finally, Pelletier J.A. concluded that the Minister's decision was reasonable. The Minister had addressed the appellant's submission that his involvement with the LNSF was either non-existent, innocent or trivial and had found the appellant's account of his involvement to be "contradictory and inconsistent" (para. 69). Ultimately, because the appellant lacked credibility as a result of these contradictions and inconsistencies, the Minister had had no faith in any of his representations. Accordingly, the Minister had not acted unreasonably in reaching the conclusion he had. The application for judicial review was dismissed, and the certified questions were answered as follows:

1- When determining a ss. 34(2) application, must the Minister of Public Safety consider any specific factors in assessing whether a foreign national's presence in Canada would be contrary to the national interest?

Answer: National security and public safety, as set out in para. 50 of these reasons.

2- Specifically, must the Minister consider the five factors listed in the Appendix D of IP10?

Answer: No. [para. 74]

[29] Le juge Pelletier a alors ajouté que le par. 34(2) n'offre pas un recours illusoire du fait qu'une conclusion d'interdiction de territoire aux termes du par. 34(1) pourrait nier la possibilité d'obtenir une dispense en application du par. 34(2). Au contraire, suivant l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, la dispense prévue au par. 34(2) ne devait servir que dans des cas exceptionnels, lorsque c'est en toute innocence ou sous la contrainte que le demandeur a prêté son concours à un groupe terroriste.

[30] Enfin, le juge Pelletier a conclu que la décision du ministre était raisonnable. Le ministre avait examiné l'affirmation de l'appelant suivant laquelle le rôle qu'il avait joué au sein du FSNL était inexistant, négligeable ou qu'il avait participé à ses activités de bonne foi. Cependant, le ministre avait estimé que les récits que l'appelant faisait du rôle qu'il avait joué au sein du FSNL étaient « contradictoires et incohérents » (para. 69). En fin de compte, à cause du manque de crédibilité de l'appelant du fait de ces contradictions et incohérences, le ministre n'a pu ajouter foi aux déclarations de l'appelant. Par conséquent, le ministre n'avait pas agi de façon déraisonnable en concluant comme il l'a fait. La cour d'appel a donc rejeté la demande de contrôle judiciaire et a répondu comme suit aux questions certifiées :

1- Dans le cadre d'une demande présentée en vertu du paragraphe 34(2), le ministre de la Sécurité publique doit-il tenir compte de facteurs particuliers pour déterminer si la présence d'un étranger au Canada serait contraire à l'intérêt national?

Réponse : Il doit tenir compte de la sécurité nationale et de la sécurité publique, ainsi qu'il est précisé au paragraphe 50 des présents motifs.

2- Plus particulièrement, le ministre doit-il tenir compte des cinq facteurs énumérés à l'annexe D du guide opérationnel IP10?

Réponse : Non. [par. 74]

IV. Analysis

A. *Issues*

[31] The issues to be resolved in this appeal are as follows:

- (1) Is the standard of review for the Minister's decision reasonableness or correctness?
- (2) Is the Minister's decision valid?
- (3) Was the decision unfair, and did it fail to meet the appellant's legitimate expectations?

[32] As I mentioned above, a corollary issue related to the first and second issues is the meaning of the term "national interest" in s. 34(2) of the *IRPA*.

B. *Positions of the Parties*

(1) Position of the Appellant

[33] The appellant submits that the standard of review applicable to all the issues before this Court is correctness, because they all constitute questions of pure law and natural justice. The Minister's decision was incorrect in that it was based on an erroneous view of the meaning of the term "national interest" in s. 34(2) of the *IRPA* and it failed to meet the appellant's legitimate expectations as to what factors would be considered in assessing his application for relief.

[34] The appellant contends that the Federal Court of Appeal relied too heavily on the legislative transfer of ministerial responsibility in interpreting the term "national interest" for the purposes of s. 34(2). This shift in responsibility between governmental departments does not indicate a concomitant legislative intent to change the interpretation of the *IRPA*. He also argues that the term "national interest" should be given a broader meaning than the one ascribed to it by

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[31] Notre Cour est appelée à trancher les questions suivantes :

- (1) La norme de contrôle de la décision du ministre est-elle la norme de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte?
- (2) La décision du ministre est-elle valide?
- (3) La décision était-elle déraisonnable? Constituait-elle une atteinte aux attentes légitimes de l'appelant?

[32] J'ai déjà mentionné que l'interprétation de l'expression « intérêt national » figurant au par. 34(2) de la *LIPR* constitue une question accessoire liée aux deux premières questions soulevées.

B. *Positions des parties*

(1) La position de l'appelant

[33] L'appelant soutient que la norme de contrôle applicable à toutes les questions dont est saisie notre Cour est celle de la décision correcte parce qu'il s'agit d'autant de questions de droit pur et de justice naturelle. Puis, la décision du ministre était erronée du fait qu'elle se fondait sur une mauvaise interprétation de l'expression « intérêt national » figurant au par. 34(2) de la *LIPR* et qu'elle n'avait pas répondu aux attentes légitimes de l'appelant quant aux facteurs dont il fallait tenir compte dans l'examen de sa demande de dispense.

[34] L'appelant plaide que, lorsqu'elle a interprété l'expression « intérêt national » pour les besoins du par. 34(2), la Cour d'appel fédérale a accordé trop d'importance au transfert de la responsabilité du ministre prévu par la loi. Ce transfert de responsabilité d'un ministère à l'autre n'indique pas une intention concomitante du législateur de modifier l'interprétation de la *LIPR*. L'appelant argumente aussi qu'il faut interpréter l'expression « intérêt national » plus largement que ne l'a fait la

the Federal Court of Appeal. Although public security and national defence should both be taken into account as relevant factors in the Minister's exercise of discretion, they should not be the only factors considered in applying the "national interest" test. In taking an unduly narrow view of the term "national interest" by equating it with one aspect of that interest (national security and public safety), the Federal Court of Appeal set a precedent which unlawfully fetters the Minister's discretion by requiring that he or she consider only that one aspect when dealing with future applications for relief.

[35] Finally, the appellant submits that the Minister's decision was unfair in that it failed to meet legitimate expectations created by the Guidelines. The Guidelines were clear and unambiguous representations made by the government to the public inasmuch as they were publicly available, had been routinely used by the Minister, and had been issued to ensure consistency. They created an expectation that certain factors extrinsic to national security would be considered in assessing s. 34(2) applications by instructing applicants to address, *inter alia*, the following factors in their submissions: the reason why the applicant is seeking admission to Canada, any special circumstances related to the application, and any current activities in which the applicant is involved. The appellant further contends that a letter he received from CIC in May 2002 created a legitimate expectation that H&C factors would be considered in assessing his application for relief. It stated that a decision under s. 34(2) would require the Minister to assess both the detriment the appellant posed to the national interest of Canada and any H&C circumstances pertinent to his situation. According to the appellant, this legitimate expectation was not met, because the Minister did not, in assessing his application, consider the factors he had been told were relevant.

Cour d'appel fédérale. Bien que le ministre doive, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, tenir compte de la sécurité publique et de la défense nationale, des facteurs pertinents, l'application du critère de l'« intérêt national » ne devrait pas se limiter à l'examen de ces seuls facteurs. En interprétant trop étroitement l'expression « intérêt national » et en l'assimilant à un seul aspect de cet intérêt (la sécurité nationale et la sécurité publique), la Cour d'appel fédérale crée un précédent qui entrave illégalement le pouvoir discrétionnaire du ministre en l'obligeant à n'examiner que ce seul aspect dans les cas des demandes ultérieures de dispense.

[35] Enfin, l'appelant plaide que la décision du ministre était déraisonnable puisqu'elle ne répondait pas aux attentes légitimes créées par le guide opérationnel. Ce guide comprenait des affirmations claires et non ambiguës formulées par le gouvernement à l'intention du public. Ce document était accessible au public, fréquemment utilisé par le ministre et visait à assurer l'uniformité des décisions prises. Le guide opérationnel créait une attente selon laquelle l'examen des demandes fondées sur le par. 34(2) prendrait en compte certains facteurs extrinsèques à la sécurité nationale, en invitant le demandeur à aborder dans sa demande, notamment, les éléments suivants : les raisons pour lesquelles il veut être admis au Canada, les circonstances particulières associées à sa demande et les activités actuelles qu'il exerce. De plus, l'appelant fait valoir qu'une lettre reçue de CIC en mai 2002 créait une attente légitime selon laquelle les facteurs d'ordre humanitaire seraient pris en compte dans l'examen de sa demande de dispense. En effet, la lettre indiquait que, pour prendre une décision en application du par. 34(2), le ministre serait tenu d'évaluer le préjudice que l'appelant pourrait causer à l'intérêt national du Canada ainsi que les circonstances d'ordre humanitaire pertinentes à l'égard de sa situation. Selon l'appelant, le ministre n'a pas répondu à cette attente légitime parce qu'il n'a tenu aucun compte des facteurs qu'on lui avait dit être pertinents dans l'examen de sa demande.

(2) Position of the Respondent

[36] The respondent submits that the standard of review is reasonableness and that the Minister's decision was reasonable. The Minister's interpretation of the term "national interest" is entitled to deference, as the *IRPA* does not specify any factors that must be considered in this regard, and the term is found in the Minister's enabling statute, with which the Minister has particular familiarity. A decision on an application for relief under s. 34(2) falls at the political end of the spectrum, is discretionary, and concerns matters in which the Minister has expertise.

[37] According to the respondent, the legislative history of the *IRPA* and the related legislation supports the view that the national security and public safety aspects of the national interest are to be the predominant considerations in determining whether to grant s. 34(2) relief, but these remain subject to any other considerations the Minister deems appropriate, except for H&C factors. The purpose of s. 34 is to ensure the safety and security of Canadians, while s. 34(2) provides for relief for innocent or coerced members of terrorist organizations who would otherwise be inadmissible. Section 34(2) must be seen as complementary to s. 34(1). Since s. 34(1) deals with inadmissibility on security grounds, the dominant considerations under s. 34(2) must be national security and public safety. H&C factors are not relevant to a determination of the "national interest" under s. 34(2), as they are properly dealt with in H&C applications under s. 25 of the *IRPA*. This interpretation of s. 34(2) is bolstered by the legislative transfer of responsibility for decisions on applications for relief to the Minister, whose mandate is the protection of public safety.

(2) Position de l'intimé

[36] L'intimé répond que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable et que la décision du ministre était telle. L'examen de l'interprétation donnée par le ministre de l'expression « intérêt national » commande de la retenue puisque la *LIPR* ne précise aucun facteur à prendre en considération à cet égard et que l'expression en question figure dans la loi habilitante du ministre, dont celui-ci a une connaissance approfondie. Une décision relative à une demande de dispense en application du par. 34(2) se situe à l'extrémité politique de l'éventail des décisions possibles, est discrétionnaire et porte sur des questions qui relèvent de l'expertise du ministre.

[37] Selon l'intimé, l'historique législatif de la *LIPR* et des lois connexes permet d'affirmer que les aspects de l'intérêt national qui sont liés à la sécurité nationale et à la sécurité publique doivent constituer les considérations primordiales lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'accorder une dispense au titre du par. 34(2), mais ils demeurent assujettis à toute autre considération que le ministre estime indiquée, à l'exception des facteurs d'ordre humanitaire. L'article 34 vise à garantir la sûreté et la sécurité des Canadiens; le par. 34(2) prévoit l'octroi d'une dispense aux membres d'organisations terroristes qui sont innocents ou qui ont subi des contraintes et qui seraient autrement interdits de territoire. Le paragraphe 34(2) doit alors être considéré comme un complément du par. 34(1). Comme le par. 34(1) porte sur l'interdiction de territoire pour raison de sécurité, la sécurité nationale et la sécurité publique doivent constituer les facteurs prédominants pour les besoins du par. 34(2). Les facteurs d'ordre humanitaire ne sont pas pertinents à l'égard d'une décision relative à l'« intérêt national » aux termes du par. 34(2) puisqu'ils font l'objet d'un examen adéquat dans le cadre des demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire suivant l'art. 25 de la *LIPR*. Enfin, le législateur a transféré au ministre chargé d'assurer la sécurité publique la responsabilité de prendre les décisions relatives aux demandes de dispense, et cet élément vient renforcer cette interprétation du par. 34(2).

[38] Ultimately, the respondent argues, the Minister's decision in this case was reasonable. It was transparent, intelligible and justifiable. It also fell within the range of possible acceptable outcomes that meet the standard of reasonableness in accordance with *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. The appellant had offered self-serving and contradictory explanations of his role in, and activities for, the LNSF, and therefore lacked credibility. It was also clear that he had had sustained contact with a group that had committed terrorist acts.

[39] The respondent also contends that there was no failure to meet legitimate expectations in this case. The Guidelines emphasize the exceptional and discretionary nature of ministerial relief, and their stated objectives emphasize national security and public safety. They created expectations with respect to procedures, but not to substantive rights. They could not alter the law as laid down by Parliament and so could not mandate the consideration of factors not relevant to the national interest analysis. In any event, immigration officials did follow the procedures they were expected to follow in this case. A letter sent from CIC to the appellant in May 2002 stated that the ministerial relief process would require an assessment of the detriment he posed to the national interest, and of any relevant H&C circumstances. The appellant had a sufficient opportunity to present evidence and submissions in support of his case. He was then provided with a further opportunity to respond to information officials had obtained and provided to the Minister. The Minister reviewed the application and the briefing note, and exercised his statutory discretion as he saw fit. He provided sufficient reasons for his decision, in which he indicated that he had "reviewed and considered the material and evidence submitted in its entirety".

[38] En définitive, selon l'intimé, la décision du ministre en l'espèce était raisonnable. Elle était transparente, intelligible et justifiable. Elle s'inscrivait également dans les issues possibles acceptables qui satisfont à la norme de la décision raisonnable, suivant l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. L'appelant avait présenté des explications intéressées et contradictoires au sujet du rôle qu'il avait joué et des activités auxquelles il avait participé au sein du FSNL. Il n'était donc pas crédible. Il était également clair qu'il avait conservé des liens avec un groupe qui avait commis des actes terroristes.

[39] L'intimé ajoute que la décision n'a pas omis de répondre aux attentes légitimes en l'espèce. Le guide opérationnel souligne le caractère exceptionnel et discrétionnaire de la dispense ministérielle; les objectifs qu'il énonce mettent l'accent sur la sécurité nationale et la sécurité publique. Le guide opérationnel crée des attentes en matière de procédures, mais non en matière de droits substantiels. Le guide opérationnel ne peut modifier la loi adoptée par le Parlement. Il ne peut donc imposer la prise en compte de facteurs dénués de pertinence dans le cadre de l'analyse relative à l'intérêt national. Quoi qu'il en soit, les agents d'immigration ont suivi en l'espèce les procédures qu'ils se devaient de suivre. En mai 2002, CIC a envoyé au demandeur une lettre indiquant que le processus de dispense ministérielle nécessiterait l'examen du préjudice que le demandeur causerait à l'intérêt national, ainsi que des circonstances pertinentes d'ordre humanitaire. Le demandeur a bénéficié d'une possibilité suffisante de présenter des éléments de preuve et des observations à l'appui de sa demande. Il a aussi obtenu une autre occasion de répondre aux renseignements que les agents avaient obtenus et soumis au ministre. Ce dernier a examiné la demande ainsi que la note documentaire, et il a exercé comme il l'a jugé à propos le pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi. Il a suffisamment motivé sa décision, en indiquant qu'il avait [TRADUCTION] « examiné au complet les pièces et les éléments de preuve qui lui ont été soumis ».

C. *Forms of Ministerial Relief*

(1) Sections 25 and 25.1 of the IRPA

[40] Before I turn to the Minister's decision, it will be helpful to explain the two forms of ministerial relief currently available to foreign nationals in Canada who are deemed to be inadmissible. The first form, H&C relief, is provided for in ss. 25 and 25.1 of the *IRPA*:

25. (1) Subject to subsection (1.2), the [MCI] must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible or does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the [MCI] is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

25.1 (1) The [MCI] may, on the [MCI's] own initiative, examine the circumstances concerning a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the [MCI] is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

[41] These provisions contemplate the granting of ministerial relief to foreign nationals seeking permanent resident status who are inadmissible or otherwise do not meet the requirements of the *IRPA*. Under them, the MCI may, either upon request or of his own accord, "grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of" the *IRPA*. However, relief of this nature will only be granted if the MCI "is of the opinion that it is justified by

C. *Formes de dispense ministérielle*

(1) Les articles 25 et 25.1 de la LIPR

[40] Avant d'examiner la décision du ministre, il sera utile d'expliquer les deux formes de dispense ministérielle que peuvent actuellement demander les étrangers qui se trouvent au Canada, mais qui sont réputés être interdits de territoire. La première forme de dispense, la dispense pour des « raisons d'ordre humanitaire », est prévue aux art. 25 et 25.1 de la *LIPR* :

25. (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre [de la Citoyenneté et de l'Immigration] doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

25.1 (1) Le ministre [de la Citoyenneté et de l'Immigration] peut, de sa propre initiative, étudier le cas de l'étranger qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

[41] Ces dispositions prévoient l'octroi d'une dispense ministérielle aux étrangers qui demandent le statut de résident permanent et qui sont interdits de territoire ou ne se conforment pas par ailleurs aux exigences de la *LIPR*. En vertu de ces exigences, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peut, sur demande ou de sa propre initiative, « octroyer [à l'étranger] le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables » de la *LIPR*. Le ministre de la Citoyenneté

humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national”. H&C considerations include such matters as children’s rights, needs, and best interests; maintaining connections between family members; and averting the hardship a person would suffer on being sent to a place where he or she has no connections (see *Baker*, at paras. 67 and 72).

(2) Section 34(2) of the IRPA

[42] Section 34(2) of the *IRPA* contemplates a different form of ministerial relief based upon the “national interest”. Section 34 reads as follows:

34. (1) [Security] A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

- (a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;
- (b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;
- (c) engaging in terrorism;
- (d) being a danger to the security of Canada;
- (e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or
- (f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

(2) [Exception] The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[43] As I mentioned above, the appellant was found to be inadmissible on security grounds for having been, in the words of s. 34(1)(f), “a member of an organization that there are reasonable grounds

et de l’Immigration n’octroie toutefois une dispense de cette nature que s’il « estime que des considérations d’ordre humanitaire relatives à l’étranger le justifient ». Les considérations d’ordre humanitaire s’entendent notamment des droits, des besoins et des intérêts supérieurs des enfants, du maintien des liens entre les membres d’une famille et du fait d’éviter de renvoyer des gens à des endroits où ils n’ont plus d’attaches (voir *Baker*, par. 67 et 72).

(2) Le paragraphe 34(2) de la LIPR

[42] Le paragraphe 34(2) de la *LIPR* prévoit une forme différente de dispense ministérielle fondée sur l’« intérêt national ». L’article 34 est libellé comme suit :

34. (1) [Sécurité] Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

- a) être l’auteur d’actes d’espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s’entend au Canada;
- b) être l’instigateur ou l’auteur d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force;
- c) se livrer au terrorisme;
- d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;
- e) être l’auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d’autrui au Canada;
- f) être membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

(2) [Exception] Ces faits n’emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l’étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

[43] Tel qu’indiqué précédemment, l’appelant a été jugé interdit de territoire pour raison de sécurité parce que, aux termes de l’al. 34(1)f), il était « membre d’une organisation dont il y a des

to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph . . . (c)”, namely acts of terrorism. He sought relief under s. 34(2), which provides that the Minister may make an exception where a person has been found to be inadmissible, on being satisfied that the person’s continued “presence in Canada would not be detrimental to the national interest”. As the wording of the section (“who satisfies the Minister”) implies, the onus is on the person who applies for relief to prove that his or her continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[44] In short, s. 34(2) of the *IRPA* establishes a pathway for relief which is conceptually and procedurally distinct from the relief available under s. 25 or s. 25.1. It should be borne in mind that an applicant who fails to satisfy the Minister that his or her continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest under s. 34(2) may still bring an application for H&C relief. Whether such an application would be successful is another matter.

D. *Standard of Review*

- (1) Relationship Between the Administrative Law Standards of Review and the Appellate Standards of Review

[45] The first issue in this appeal concerns the standard of review applicable to the Minister’s decision. But, before I discuss the appropriate standard of review, it will be helpful to consider once more the interplay between (1) the appellate standards of correctness and palpable and overriding error and (2) the administrative law standards of correctness and reasonableness. These standards should not be confused with one another in an appeal to a court of appeal from a judgment of a superior court on an application for judicial review of an administrative decision. The proper approach to this issue was set out by the Federal Court of Appeal in *Telfer v. Canada Revenue Agency*, 2009 FCA 23, 386 N.R. 212, at para. 18:

motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte visé [à l’alinéa] [. . .] c) », à savoir qu’il s’était livré au terrorisme. Il a demandé une dispense en application du par. 34(2), qui dispose que le ministre peut soustraire une personne à l’interdiction de territoire lorsqu’il est convaincu que « sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national ». Comme il ressort du libellé de cette disposition (« qui convainc le ministre »), la personne qui demande une dispense a le fardeau de démontrer que sa présence au Canada ne serait pas préjudiciable à l’intérêt national.

[44] Bref, le par. 34(2) de la *LIPR* établit une voie d’obtention d’une dispense d’une manière distincte, sur le plan conceptuel et procédural, de la dispense prévue aux art. 25 ou 25.1. Il faut garder à l’esprit que le demandeur qui ne convainc pas le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national aux termes du par. 34(2) peut toujours présenter une demande de dispense pour des raisons d’ordre humanitaire. Il reste à voir si une telle dispense lui serait accordée.

D. *La norme de contrôle*

- (1) La relation entre les normes de contrôle applicables en droit administratif et les normes applicables en appel

[45] La première question en litige dans le présent pourvoi porte sur la norme de contrôle applicable à la décision du ministre. Avant d’aborder la norme de contrôle applicable, il convient de revoir une fois de plus l’interaction (1) des normes de contrôle applicables en appel, soit celle de la décision correcte et celle de l’erreur manifeste et dominante, et (2) les normes de contrôle applicables en droit administratif, soit la décision correcte et la décision raisonnable. Il ne faut pas confondre ces normes lorsqu’il s’agit d’un appel formé contre un jugement d’une cour supérieure saisie d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision administrative. L’approche à adopter à l’égard de cette question a été énoncée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Agence du revenu) c. Telfer*, 2009 CAF 23 (CanLII), par. 18 :

Despite some earlier confusion, there is now ample authority for the proposition that, on an appeal from a decision disposing of an application for judicial review, the question for the appellate court to decide is simply whether the court below identified the appropriate standard of review and applied it correctly. The appellate court is not restricted to asking whether the first-level court committed a palpable and overriding error in its application of the appropriate standard.

[46] In *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at para. 247, Deschamps J. aptly described this process as “step[ping] into the shoes’ of the lower court” such that the “appellate court’s focus is, in effect, on the administrative decision” (emphasis deleted).

[47] The issue for our consideration can thus be summarized as follows: Did the application judge choose the correct standard of review and apply it properly?

(2) What Is the Standard of Review?

[48] As this Court held in *Dunsmuir*, a court deciding an application for judicial review must engage in a two-step process to identify the proper standard of review. First, it must consider whether the level of deference to be accorded with regard to the type of question raised on the application has been established satisfactorily in the jurisprudence. The second inquiry becomes relevant if the first is unfruitful or if the relevant precedents appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review. At this second stage, the court performs a full analysis in order to determine what the applicable standard is.

Determination of the Standard in Light of the Jurisprudence

[49] In my view, the standard of review applicable in the case at bar has been satisfactorily determined in past decisions to be reasonableness. A host of cases from the Federal Court

Bien qu’il y ait eu confusion dans le passé, la jurisprudence actuelle permet d’affirmer que lorsqu’une décision en matière de contrôle judiciaire est portée en appel, le rôle de la juridiction d’appel consiste simplement à décider si la juridiction inférieure a employé la norme de contrôle appropriée et si elle l’a appliquée correctement. Le rôle de la juridiction d’appel ne se limite pas à se demander si la juridiction inférieure a commis une erreur manifeste et dominante en appliquant la norme de contrôle appropriée.

[46] Dans *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, par. 247, la juge Deschamps a rappelé avec justesse, au sujet de cette démarche, qu’en se « met[tant] à la place” du tribunal d’instance inférieure la cour d’appel se concentre effectivement sur la décision administrative » (italiques omis).

[47] La question que nous devons examiner peut donc être résumée comme suit : le juge de première instance a-t-il choisi la norme de contrôle appropriée et l’a-t-il appliquée correctement?

(2) Quelle est la norme de contrôle applicable?

[48] Notre Cour a décidé dans l’arrêt *Dunsmuir* que pour déterminer la norme de contrôle appropriée, la cour saisie d’une demande de contrôle judiciaire doit entreprendre un processus en deux étapes. Premièrement, elle doit vérifier si la jurisprudence établit de manière satisfaisante le degré de retenue correspondant à une catégorie de questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire. La deuxième étape s’applique lorsque cette première démarche se révèle infructueuse ou si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l’évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire. À cette deuxième étape, la cour entreprend une analyse complète en vue de déterminer la norme applicable.

Détermination de la norme de contrôle selon la jurisprudence

[49] À mon avis, la jurisprudence a établi de manière satisfaisante que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable en l’espèce. Un grand nombre de décisions de la Cour

indicate that reasonableness is the standard for reviewing decisions on applications for ministerial relief under s. 34(2) of the *IRPA*: *Esmaeili-Tarki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 509 (CanLII); *Miller v. Canada (Solicitor General)*, 2006 FC 912, [2007] 3 F.C.R. 438; *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 123, [2007] 4 F.C.R. 658; *Al Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 381, 311 F.T.R. 193; *Soe v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 461 (CanLII); *Kanaan v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2008 FC 241, 71 Imm. L.R. (3d) 63; *Chogolzadeh v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 405, 327 F.T.R. 39; *Tameh v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 884, 332 F.T.R. 158; *Kablawi v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 1011, 333 F.T.R. 300; *Ramadan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1155, 335 F.T.R. 227; *Afridi v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2008 FC 1192, 75 Imm. L.R. (3d) 291; *Ismeal v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2008 FC 1366, 77 Imm. L.R. (3d) 310; *Abdella*. This jurisprudence is well established, and the appellant has not shown why it should not be relied on in this appeal.

[50] The applicability of the reasonableness standard can be confirmed by following the approach discussed in *Dunsmuir*. As this Court noted in that case, at para. 53, “[w]here the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically”. Since a decision by the Minister under s. 34(2) is discretionary, the deferential standard of reasonableness applies. Also, because such a decision involves the interpretation of the term “national interest” in s. 34(2), it may be said that it involves a decision maker “interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at para. 54). This factor, too, confirms that the applicable standard is reasonableness.

fédérale indiquent que la norme de la décision raisonnable s’applique au contrôle des décisions en matière de demandes de dispense ministérielle aux termes du par. 34(2) de la *LIPR* : *Esmaeili-Tarki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 509 (CanLII); *Miller c. Canada (Solliciteur général)*, 2006 CF 912, [2007] 3 R.C.F. 438; *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 123, [2007] 4 R.C.F. 658; *Al Yamani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 381 (CanLII); *Soe c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 461 (CanLII); *Kanaan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 241 (CanLII); *Chogolzadeh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 405 (CanLII); *Tameh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 884 (CanLII); *Kablawi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 1011 (CanLII); *Ramadan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1155 (CanLII); *Afridi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 1192 (CanLII); *Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 1366 (CanLII); *Abdella*. Cette jurisprudence est bien établie, et l’appelant n’a pas démontré pourquoi elle ne devrait pas être invoquée dans le présent pourvoi.

[50] L’applicabilité de la norme de la décision raisonnable peut être confirmée en suivant la méthode examinée dans *Dunsmuir*. Comme notre Cour l’a fait remarquer au par. 53 de cet arrêt, « [e]n présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée ». Puisque la décision du ministre aux termes du par. 34(2) est discrétionnaire, la norme de la décision raisonnable s’applique. En outre, parce qu’une telle décision comporte l’interprétation des termes « intérêt national » figurant au par. 34(2), on peut dire qu’elle se rapporte au cas où le décideur « interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 54). Ce facteur confirme lui aussi que la norme applicable est celle de la décision raisonnable.

(3) Meaning of Reasonableness

[51] In *Dunsmuir*, the Court defined reasonableness as follows:

... a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

[52] In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, Abella J., for a unanimous Court, returned to the meaning of reasonableness and deference. She stated:

This, I think, is the context for understanding what the Court meant in *Dunsmuir* when it called for “justification, transparency and intelligibility”. To me, it represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers routinely render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering decisions that are often counter-intuitive to a generalist. . . .

Read as a whole, I do not see *Dunsmuir* as standing for the proposition that the “adequacy” of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a reviewing court undertake two discrete analyses — one for the reasons and a separate one for the result (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at §§12:5330 and 12:5510). It is a more organic exercise

(3) La signification de la décision raisonnable

[51] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a défini comme suit la décision raisonnable, ou raisonnablement :

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonnablement : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnablement. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

[52] Dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, la juge Abella, au nom de la Cour à l'unanimité, est revenue sur le caractère raisonnable et la déférence. Elle a déclaré ce qui suit :

C'est dans cette optique, selon moi, qu'il faut interpréter ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* lorsqu'elle a parlé de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel ». À mon avis, ces propos témoignent d'une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent couramment des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste — dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité. . .

Je ne suis pas d'avis que, considéré dans son ensemble, l'arrêt *Dunsmuir* signifie que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat (Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §§12:5330 et 12:5510). Il s'agit d'un

— the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. This, it seems to me, is what the Court was saying in *Dunsmuir* when it told reviewing courts to look at “the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes” (para. 47).

In assessing whether the decision is reasonable in light of the outcome and the reasons, courts must show “respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law” (*Dunsmuir*, at para. 48). This means that courts should not substitute their own reasons, but they may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome.

. . . if the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met. [paras. 13-16]

[53] In one of its most recent comments on this point, in *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, the Court emphasized that the reviewing court must consider the tribunal’s decision as a whole, in the context of the underlying record, to determine whether it was reasonable:

. . . 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). [para. 3]

[54] I will now consider whether the Minister’s decision was reasonable. The remainder of my reasons will focus on this issue.

E. *Meaning of “National Interest” Under Section 34(2) of the IRPA*

[55] The meaning of the term “national interest” in s. 34(2) of the *IRPA* was central to the Minister’s

exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il me semble que c’est ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* en invitant les cours de révision à se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité » (par. 47).

La cour de justice qui se demande si la décision qu’elle est en train d’examiner est raisonnable du point de vue du résultat et des motifs doit faire preuve de « respect [à l’égard] du processus décisionnel [de l’organisme juridictionnel] au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 48). Elle ne doit donc pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat.

. . . les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s’ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables. [par. 13-16]

[53] Tout récemment, dans *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, notre Cour a insisté sur la nécessité pour la cour de révision d’examiner la décision du tribunal administratif dans son ensemble, à la lumière du dossier, pour décider si elle était raisonnable :

. . . 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). [par. 3]

[54] Je passe maintenant à la question de savoir si la décision du ministre était raisonnable. Pour la suite, mes motifs s’attacheront à cette analyse.

E. *L’interprétation de l’expression « intérêt national » au sens du par. 34(2) de la LIPR*

[55] L’interprétation de l’expression « intérêt national » au par. 34(2) de la *LIPR* était au cœur

exercise of discretion in this case. As is plain from the statute, the Minister exercises this discretion by determining whether he or she is satisfied by the applicant that the applicant's presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The meaning of "national interest" in the context of this section is accordingly key, as it defines the standard the Minister must apply to assess the effect of the applicant's presence in Canada in order to exercise his or her discretion.

[56] The Minister, in making his decision with respect to the appellant, did not expressly define the term "national interest". The first attempt at expressly defining it was by Mosley J. in the Federal Court, and he also certified a question concerning this definition for the Federal Court of Appeal's consideration. We are therefore left in the position, on this issue, of having no *express* decision of an administrative decision maker to review.

[57] This Court has already encountered and addressed this situation, albeit in a different context, in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654. In that case, Rothstein J. held that a decision maker's decision on the merits may imply a particular interpretation of the statutory provision at issue even if the decision maker has not expressed an opinion on that provision's meaning.

[58] The reasoning from *Alberta Teachers' Association* can be applied to the case at bar. It is evident from the Minister's holding that "[i]t is not in the national interest to admit individuals who have had sustained contact with known terrorist and/or terrorist-connected organizations" that the Minister made a determination of the meaning of "national interest". An interpretative decision as to that term is necessarily implied within his ultimate decision on ministerial relief, although this Court is not in a position to determine with finality the actual reasoning of the Minister. In these circumstances, we may "consider the reasons that could be offered for the [Minister's] decision when conducting a reasonableness review" of that decision (*Alberta*

de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre en l'espèce. Comme il ressort explicitement de la Loi, le ministre exerce ce pouvoir discrétionnaire en décidant si le demandeur le convainc que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. Par conséquent, l'interprétation de l'« intérêt national » dans le contexte de cet article est cruciale, puisqu'elle définit la norme que le ministre doit appliquer pour évaluer l'effet de la présence du demandeur au Canada aux fins de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[56] En prenant sa décision concernant l'appelant, le ministre n'a pas défini expressément l'expression « intérêt national ». La première tentative en ce sens appartient au juge Mosley de la Cour fédérale, et il a également certifié au sujet de cette définition une question soumise à l'appréciation de la Cour d'appel fédérale. Nous ne sommes donc saisis, sur ce point, d'aucune décision rendue *expressément* par un décideur administratif.

[57] Cette situation a été abordée, quoique dans un contexte différent, par notre Cour dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654. Le juge Rothstein a statué dans cet arrêt que la décision que le décideur administratif rend sur le fond peut suggérer une interprétation particulière de la disposition législative en question, même si le décideur ne s'est pas prononcé expressément sur le sens de cette disposition.

[58] Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Alberta Teachers' Association* peut être appliqué en l'espèce. Il ressort clairement de la conclusion du ministre selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l n'est pas dans l'intérêt national d'admettre des individus qui ont entretenu des contacts suivis avec des organisations terroristes connues ou des organisations ayant des liens avec des terroristes », que celui-ci a pris une décision quant au sens de l'expression « intérêt national ». Une décision quant à l'interprétation de cette expression découle nécessairement de sa décision ultime relative à la dispense ministérielle, bien que notre Cour ne soit pas en mesure de déterminer de manière définitive le raisonnement qu'a effectivement tenu le

Teachers' Association, at para. 54). Accordingly, I now turn to consider what appears to have been the ministerial interpretation of “national interest”, based on the Minister’s “express reasons” and the Guidelines, which inform the scope and context of those reasons. I will then assess whether this implied interpretation, and the Minister’s decision as a whole, were reasonable.

[59] The Minister stated in his reasons that he had “reviewed and considered the material and evidence submitted in its entirety”. This material included the following information set out in the CBSA’s briefing note, which addressed many of the questions presented in the Guidelines:

1. The extent of the appellant’s membership in, and activities on behalf of, the LNSF are in question.
2. At most, the appellant was a “passive member” of the LNSF who carried out “basic functions”. He was never involved in violent acts.
3. The appellant joined the LNSF in 1994 to support democracy, freedom of speech, and human rights in Libya. At that time, the organization was, by and large, no longer engaged in violence. In any event, the appellant claimed to have no knowledge of the LNSF’s involvement in violence and would not have supported the LNSF had it espoused the use of violence to achieve political change.
4. There is evidence to suggest that the appellant severed all ties with the LNSF when he came to Canada in 1997.
5. Throughout, the appellant’s goal has been to support the establishment of a democratic system of government in Libya.

ministre. Dans les circonstances, « dans l’appréciation de la raisonnable », nous pouvons « examiner les motifs qui pourraient être donnés » à l’appui de la décision du ministre (*Alberta Teachers’ Association*, par. 54). Par conséquent, j’examine maintenant l’interprétation que le ministre semble avoir donnée de l’expression « intérêt national », à partir de sa « décision expresse motivée » et du guide opérationnel, qui régissent la portée et le contexte de ces motifs. J’examinerai alors si cette interprétation implicite et la décision du ministre dans son ensemble étaient raisonnables.

[59] Dans ses motifs, le ministre affirme avoir [TRADUCTION] « examiné au complet les pièces et les éléments de preuve qui ont été soumis », notamment les renseignements suivants énoncés dans la note documentaire de l’ASFC, qui portait sur de nombreuses questions figurant dans le guide opérationnel :

1. L’importance de la participation de l’appelant en tant que membre du FSNL et les activités auxquelles il s’est livré pour le compte du FSNL sont contestables.
2. Tout au plus, l’appelant était un « membre passif » du FSNL et exerçait des [TRADUCTION] « fonctions élémentaires ». Il n’avait jamais participé à des actes de violence.
3. L’appelant a joint les rangs du FSNL en 1994 pour soutenir la démocratie, la liberté d’expression et les droits de la personne en Libye. À cette époque, de façon générale, l’organisation ne recourait plus à la violence. Quoiqu’il en soit, l’appelant aurait ignoré la participation du FSNL à des actes de violence et n’aurait pas appuyé cette organisation si elle avait eu recours à la violence pour obtenir des changements politiques.
4. Des éléments de preuve laissent croire que l’appelant a rompu tous les liens avec le FSNL lorsqu’il est arrivé au Canada en 1997.
5. Tout au long, l’appelant avait pour objectif l’établissement d’un régime de gouvernement démocratique en Libye.

6. The appellant has two children, attended English as a second language classes, and owns his own transport business.

(A.R., vol. I, at pp. 5-9)

[60] The Guidelines did not constitute a fixed and rigid code. Rather, they contained a set of factors, which appeared to be relevant and reasonable, for the evaluation of applications for ministerial relief. The Minister did not have to apply them formulaically, but they guided the exercise of his discretion and assisted in framing a fair administrative process for such applications. As a result, the Guidelines can be of assistance to the Court in understanding the Minister's implied interpretation of the "national interest".

[61] Moreover, the Minister placed particular emphasis on matters related to national security and public safety in the reasons he gave for his decision. These included: the appellant's contradictory and inconsistent accounts of his involvement with the LNSF, a group that has engaged in terrorism; the fact that the appellant was most likely aware of the LNSF's previous activity; and the fact that the appellant had had sustained contact with the LNSF.

[62] Taking all the above into account, had the Minister expressly provided a definition of the term "national interest" in support of his decision on the merits, it would have been one which related predominantly to national security and public safety, but did not exclude the other important considerations outlined in the Guidelines or any analogous considerations (see Appendix 1 (the relevant portions of the Guidelines)).

[63] As a result of my comments above on the standard of review, I am of the view that the Minister is entitled to deference as regards this implied interpretation of the term "national interest". As Rothstein J. stated, "[w]here the reviewing court finds that the tribunal has made an implicit decision on a critical issue, the deference due to the tribunal

6. L'appelant a deux enfants, a suivi des cours d'anglais langue seconde et exploite sa propre entreprise de transport.

(d.a., vol. I, p. 5-9)

[60] Le guide opérationnel ne constituait pas un code définitif et rigide. Il contenait plutôt un ensemble de facteurs, apparemment pertinents et raisonnables, relatifs à l'examen des demandes de dispense ministérielle. Le ministre n'était pas tenu de l'appliquer d'une manière rigide, mais il guidait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et l'aidait à élaborer un processus administratif juste applicable aux demandes de dispense. Ainsi, le guide opérationnel peut aider la Cour à bien saisir la façon dont le ministre a implicitement interprété l'« intérêt national ».

[61] En outre, le ministre a accordé dans les motifs de sa décision une importance particulière aux questions portant sur la sécurité nationale et la sécurité publique, notamment aux contradictions et incohérences de l'appelant au sujet de son rôle au sein du FSNL, un groupe qui s'est livré au terrorisme, au fait que l'appelant était fort probablement au courant des activités antérieures du FSNL, et au fait que l'appelant avait entretenu des contacts suivis avec le FSNL.

[62] Compte tenu de tout ce qui précède, si le ministre avait défini expressément l'expression « intérêt national » à l'appui de sa décision sur le fond, sa définition aurait porté principalement sur la sécurité nationale et la sécurité publique, sans écarter les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ou toutes autres considérations analogues. (Voir l'annexe 1 (les passages pertinents du guide opérationnel).)

[63] Conformément aux commentaires que je formulais précédemment au sujet de la norme de contrôle, je suis d'avis qu'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de cette interprétation implicite que le ministre a donnée de l'expression « intérêt national ». Comme l'a affirmé le juge Rothstein, « [l]orsque la juridiction de révision

does not disappear” (*Alberta Teachers’ Association*, at para. 50).

[64] In my view, the Minister’s interpretation of the term “national interest”, namely that it is focused on matters related to national security and public safety, but also encompasses the other important considerations outlined in the Guidelines and any analogous considerations, is reasonable. It is reasonable because, to quote the words of Fish J. from *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, it “accords . . . with the plain words of the provision, its legislative history, its evident purpose, and its statutory context” (para. 46). That is to say, the interpretation is consistent with Driedger’s modern approach to statutory interpretation:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(*Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

(1) Plain Words of the Provision

[65] There is no dispute between the parties that the term “national interest” refers to matters which are of concern to Canada and to Canadians. There is no doubt that public safety and national security are matters which are of concern to Canada and to Canadians. It is equally clear, however, that more than just public safety and national security are of concern to Canada and to Canadians. For example, the plain meaning of the term “national interest” would also include the preservation of the values that underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the democratic character of the Canadian federation, and in particular the protection of the equal rights of every person to whom its laws and its Constitution apply. The plain words of the provision therefore favour a broader reading of the

conclut que le tribunal administratif a implicitement statué sur une question cruciale, ce dernier ne cesse pas d’avoir droit à la déférence » (*Alberta Teachers’ Association*, par. 50).

[64] À mon avis, l’interprétation que le ministre a donné de l’expression « intérêt national », soit en décidant qu’elle portait principalement sur des questions liées à la sécurité nationale et la sécurité publique, mais aussi qu’elle englobe les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel et toutes considérations analogues, est raisonnable. Elle l’est raisonnable puisque, pour citer les propos du juge Fish dans *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, elle « s’accorde [. . .] avec le libellé explicite de cette disposition, ainsi qu’avec son historique législatif, son objet manifeste et son contexte législatif » (par. 46). Autrement dit, cette interprétation respecte la méthode moderne d’interprétation législative énoncée par Driedger :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(*Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87)

(1) Le libellé explicite de la disposition

[65] Les parties ne contestent pas que l’expression « intérêt national » renvoie à des questions qui intéressent le Canada et les Canadiens. La sécurité publique et la sécurité nationale comptent sans aucun doute parmi ces questions. Il est également évident, toutefois, que les préoccupations du Canada et des Canadiens ne se limitent pas à la sécurité publique et à la sécurité nationale. Par exemple, le sens ordinaire de l’expression « intérêt national » comprend aussi la préservation des valeurs sous-jacentes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et au caractère démocratique de la fédération canadienne, et en particulier la protection et l’égalité des droits de toute personne assujettie à ses lois et à sa Constitution. Le libellé explicite de la disposition milite donc en faveur

term “national interest” than the one suggested by the respondent and by the Federal Court of Appeal, which would limit its meaning to the protection of public safety and national security. The words of the statute are consistent with the Minister’s implied interpretation of this term, which relates predominantly to national security and public safety, but does not exclude the other important considerations outlined in the Guidelines or any analogous considerations. The legislative history of the provision is also relevant to an understanding of the range of values and interests underlying the concept of the national interest.

(2) Legislative History of the Provision

[66] The legislative history of s. 34(2) is a long one. In these reasons, I will only discuss the salient points of this history, those which serve to demonstrate that the Minister’s implied interpretation of the term “national interest” is consistent with it.

[67] Ministerial relief from a finding of inadmissibility first became available in 1952. Relief was available to persons who were members of or associated with any organization, group or body that was or had been involved in the subversion by force or other means of democratic government, institutions or processes. Those who sought such relief had to satisfy the minister that they had ceased to be members of or associated with the organization, group or body in question and that their admission “would not be detrimental to the security of Canada” (*Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325, s. 5(1)). Parliament made it clear at the time that it intended the focus of an application for ministerial relief to be national security.

[68] In 1977, the provisions of the *Immigration Act* on inadmissibility were revised to read, in part, as follows:

d’une interprétation plus large de l’expression « intérêt national » que celle adoptée par l’intimé et par la Cour d’appel fédérale, qui limiterait la portée de cette expression à la protection de la sécurité publique et de la sécurité nationale. Le libellé de la loi respecte l’interprétation implicite que donne le ministre de l’« intérêt national », qui a trait principalement à la sécurité nationale et à la sécurité publique, sans écarter les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ou toutes considérations analogues. L’historique législatif de la disposition permet également de mieux saisir l’ensemble des valeurs et des intérêts qui sous-tendent la notion d’intérêt national.

(2) L’historique législatif de la disposition

[66] Le paragraphe 34(2) est le fruit d’un long historique législatif. Dans les présents motifs, je n’en examinerai que les points saillants, qui permettront de démontrer que l’interprétation implicite que le ministre donne de l’expression « intérêt national » est compatible avec cet historique.

[67] La dispense ministérielle à l’égard de l’interdiction de territoire est devenue accessible pour la première fois en 1952. Pouvaient la demander les personnes membres ou associées d’une organisation, d’un groupe ou d’un corps qui se livraient ou s’étaient livrées à des actes visant le renversement, par la force ou autrement, du régime, des institutions ou des méthodes démocratiques. Les personnes qui demandaient la dispense devaient convaincre le ministre qu’elles avaient cessé d’être membres ou associées de telles organisations, de tels groupes ou corps, et que leur admission « ne serait pas préjudiciable à la sécurité du Canada » (*Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1952, ch. 325, al. 51)). Le législateur a exprimé clairement à l’époque son intention que la demande de dispense ministérielle porte essentiellement sur la sécurité nationale.

[68] En 1977, les dispositions de la *Loi sur l’immigration* relatives à l’interdiction de territoire ont été modifiées pour prévoir notamment ce qui suit :

19. (1) No person shall be granted admission if he is a member of any of the following classes:

(e) persons who have engaged in or who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, except persons who, having engaged in such acts, have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

(*Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(1)(e)*)

[69] Thus, in 1977, Parliament made a clear decision to change the approach to ministerial relief. The test would no longer focus solely on national security, as access to relief would instead be premised on a broader array of domestic and international considerations constituting the “national interest”. Since then, the provisions on ministerial relief in both the *IA* and the *IRPA* have at all times referred to the “national interest”.

[70] Parliament was (or at least must be taken to have been) aware of the previous “detrimental to the security of Canada” test when it decided to enact, and later to keep, the “national interest” test for ministerial relief. The fact that, at all material times, the wording of s. 34(2) referred to the applicant’s not being detrimental to the “national interest”, as opposed to not being detrimental to the “security of Canada”, strongly suggests that Parliament did not intend the term “national interest” to relate exclusively to national security and public safety. Had that been the case, Parliament could have returned to the expression “security of Canada” in enacting s. 34(2).

[71] The *IRPA* replaced the *IA* in 2002. As it was enacted in a post-9/11 world, the *IRPA* was clearly in part a response to the threats of the complex and

19. (1) Ne sont pas admissibles

e) les personnes qui se sont livrées à des actes d’espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques au sens où cette expression s’entend au Canada, ou au sujet desquelles il y a de bonnes raisons de croire qu’elles se livreront à de tels actes, à l’exception de celles qui, s’y étant livrées, ont établi à la satisfaction du Ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national;

(*Loi sur l’immigration de 1976, L.C. 1976-77, ch. 52, al. 19(1)e*)

[69] Ainsi, en 1977, le législateur a clairement décidé de changer l’approche gouvernementale en matière de dispense ministérielle. Le critère applicable ne se limiterait plus à la sécurité nationale; l’octroi d’une dispense reposerait plutôt sur un plus grand éventail de considérations d’ordre national et international constituant l’« intérêt national ». Depuis lors, les dispositions concernant la dispense ministérielle de la *Loi sur l’immigration* et de la *LIPR* ont toujours renvoyé à l’« intérêt national ».

[70] Le législateur était conscient (ou, à tout le moins, il faut le supposer) de l’existence du critère antérieur relatif au « préjudic[e] à la sécurité du Canada » lorsqu’il a décidé d’adopter, et par la suite de conserver, le critère relatif à l’« intérêt national » à l’égard de la dispense ministérielle. La référence dans le libellé du par. 34(2), pendant toute la période pertinente, au demandeur qui ne causerait pas de préjudice à l’« intérêt national » plutôt qu’à la « sécurité du Canada », donne fortement à penser que le législateur ne voulait pas que l’expression « intérêt national » renvoie exclusivement à la sécurité nationale et à la sécurité publique. Si tel avait été le cas, le législateur aurait pu, en adoptant le par. 34(2), reprendre les termes « sécurité du Canada ».

[71] La *LIPR* a remplacé la *LI* en 2002. Édifiée après les événements du 11 septembre, il ne fait aucun doute que la *LIPR* constituait au moins en

dangerous environment which had been developing internationally. In support of his contention that the interpretation of the term “national interest” should focus on national security and public safety, the respondent quotes the following passage from a Senate Committee report in his factum:

The Committee recognizes that Bill C-11 represents a major overhaul of Canada’s immigration and refugee protection legislation, and it will thus likely set the standard for many years to come. The Committee also fully appreciates that the current context in which the Bill is being considered is one of heightened security concerns following the profoundly tragic events of 11 September 2001 in the United States. In this context the Committee realizes that the Bill must embody a balance that will respect the needs and rights of individuals while simultaneously serving the public interest particularly with respect to security concerns and meeting Canada’s international obligations. [Emphasis added.]

(Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology, “Ninth Report”, 1st Sess., 37th Parl., October 23, 2001 (online))

[72] This passage certainly highlights the *IRPA*’s role in “serving the public interest . . . with respect to security concerns”. However, it does not limit the national interest to security concerns. It also highlights the fact that meeting Canada’s international obligations (including, presumably, obligations stemming from rules of customary and conventional international human rights law) is an important part of the national interest.

[73] In 2005, the *DPSEPA* formally established both the Department of Public Safety and Emergency Preparedness and the Minister’s post. The respondent submits that the creation of this new department and of the CBSA, as well as the transfer of ministerial responsibility for decisions under s. 34(2), formed part of a new national security policy instituted by Parliament in response to the events of September 11, 2001. In particular, he argues that the legislative transfer of the responsibility for making such decisions from the MCI

partie une réaction aux menaces inhérentes à un nouveau contexte international complexe et dangereux. À l’appui de sa thèse selon laquelle l’interprétation de l’expression « intérêt national » devrait être axée sur la sécurité nationale et la sécurité publique, l’intimé cite dans son mémoire le passage suivant du rapport d’un Comité sénatorial :

Le Comité sait que le projet de loi C-11 constitue une révision majeure de la loi canadienne sur l’immigration et la protection des réfugiés et qu’il fixera vraisemblablement la norme pour de nombreuses années à venir. Il est aussi conscient que ce projet de loi est actuellement examiné dans un contexte où les préoccupations en matière de sécurité sont plus vives à cause des événements tragiques du 11 septembre dernier aux États-Unis. Dans ce contexte, le Comité reconnaît que le projet de loi C-11 doit proposer un équilibre qui respectera les besoins et les droits des particuliers, servir l’intérêt public, plus particulièrement en ce qui a trait à la sécurité, et honorer les obligations internationales du Canada. [Je souligne.]

(Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie, « Neuvième rapport », 1^{re} sess., 37^e lég., 23 octobre 2001 (en ligne))

[72] Ce passage fait certainement ressortir le rôle de la *LIPR* consistant à « servir l’intérêt public [. . .] en ce qui a trait à la sécurité ». Toutefois, il ne limite pas l’intérêt national aux préoccupations en matière de sécurité. Il souligne également que le respect des obligations internationales du Canada (y compris, probablement, des obligations découlant des règles internationales coutumières et conventionnelles en matière de droits de la personne) constitue un aspect important de l’intérêt national.

[73] En 2005, la *LMSPPC* établissait officiellement le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile et le poste du ministre. L’intimé soutient que la création de ce nouveau ministère et de l’*ASFC*, ainsi que le transfert de la responsabilité ministérielle à l’égard des décisions en application du par. 34(2), faisaient tous partie d’une nouvelle politique en matière de sécurité nationale adoptée par le Parlement à la suite des événements du 11 septembre 2001. L’intimé plaide en particulier que le transfert prévu par la loi de la responsabilité

to the Minister, occurring as it did in the broader context of national security and public safety, supports the Federal Court of Appeal's interpretation of the term "national interest".

[74] I am not persuaded that the transfer of ministerial responsibility for s. 34(2) applications serves as a sufficient basis for upholding the Federal Court of Appeal's interpretation of the term "national interest". On its own, this transfer should not be read as changing, nor does it change, the substantive law governing relief applications under s. 34(2). Ministerial responsibilities may be reassigned for a wide variety of reasons. If this argument was valid, it would imply that the meaning of a law might change whenever ministerial responsibilities are reassigned. This would be a new and perplexing principle of interpretation. There is a presumption against the implicit alteration of the law according to which, absent an explicit change in the wording of a provision, it is presumed that Parliament did not intend to amend its meaning. Although the ministerial responsibility for deciding relief applications under s. 34(2) was transferred in 2005, Parliament did not amend the wording of this provision. Therefore, the presumption against implicit alteration applies, and there was no intent to amend the meaning of the term "national interest". As the appellant points out in his factum, this presumption is not rebutted by a mere transfer of ministerial responsibility:

It does not make sense that every time Parliament decides to change the responsibilities of particular Ministers for administrative purposes, or without indicating that there is a substantive reason for a change, the words of a statute should be given different meanings. A mere transfer in Ministerial responsibility is not sufficient to establish that the change is meant to have a substantive effect on the rights of persons who are affected by legislation administered by the various ministers. The Court of Appeal's interpretation of national interest

en matière de prise de ces décisions, du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration au ministre, survenu dans le contexte plus général de la sécurité nationale et de la sécurité publique, vient renforcer l'interprétation de l'expression « intérêt national » donnée par la Cour d'appel fédérale.

[74] Je ne suis pas convaincu que le transfert de la responsabilité ministérielle à l'égard des demandes présentées aux termes du par. 34(2) constitue un fondement suffisant pour confirmer l'interprétation que la Cour d'appel fédérale a donnée de l'expression « intérêt national ». Il ne faudrait pas conclure que ce transfert, à lui seul, pourrait modifier, ou a modifié, le droit substantiel régissant les demandes de dispense aux termes du par. 34(2). Des responsabilités ministérielles peuvent être transférées pour les raisons les plus diverses. Si cet argument était valide, cela signifierait que l'interprétation d'une loi pourrait changer chaque fois que des responsabilités ministérielles passent d'un ministre à un autre. Il en découlerait un nouveau et surprenant principe d'interprétation. Selon une présomption suivant laquelle une loi ne peut être modifiée de façon implicite, en l'absence d'une modification explicite dans le libellé d'une disposition, il faut supposer que le législateur n'a pas voulu modifier le sens de la disposition. Bien que la responsabilité ministérielle à l'égard des demandes présentées aux termes du par. 34(2) ait été transférée en 2005, le législateur n'a pas modifié le libellé de cette disposition. Par conséquent, la présomption contre toute modification implicite de la loi s'applique, et le législateur n'avait aucune intention de changer le sens de l'expression « intérêt national ». Comme le signale l'appellant dans son mémoire, cette présomption n'est pas réfutée par un simple transfert de responsabilité ministérielle :

[TRADUCTION] Il n'est pas logique d'affirmer que chaque fois que le législateur décide de transférer les responsabilités de ministres en particulier, à des fins administratives ou sans indiquer une raison sérieuse pour ce transfert, le libellé de la loi doit être interprété différemment. Un simple transfert de la responsabilité ministérielle ne suffit pas pour établir que le changement est censé exercer un effet sensible sur les droits des personnes visées par les lois administrées par les différents ministres. L'interprétation que la Cour d'appel

effectively amends section 34(2). Amending legislation is a legislative function, and falls outside of the judicial function. [para. 76]

[75] In summary, this review demonstrates that the Minister’s implied interpretation of the term “national interest” — that it relates predominantly to national security and public safety, but does not exclude the other important considerations outlined in the Guidelines or any analogous considerations — is consistent with the legislative history of the provision.

(3) Purpose of the Provision

[76] The respondent argues that the *IRPA* is concerned with public safety and national security. More specifically, he argues that the purpose of s. 34(1)(c) and (f) is to ensure the safety and security of Canadians, while s. 34(2) provides for relief only for innocent or coerced members of terrorist organizations who would otherwise be inadmissible.

[77] The respondent is correct in saying that the *IRPA* is concerned with national security and public safety. In fact, the Court recognized this in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539:

The objectives as expressed in the *IRPA* indicate an intent to prioritize security. . . . Viewed collectively, the objectives of the *IRPA* and its provisions concerning permanent residents, communicate a strong desire to treat criminals and security threats less leniently than under the former Act. [para. 10]

[78] That said, the respondent’s argument that s. 34(2) is focused exclusively on national security and public safety, and that it provides for relief only for innocent or coerced members of terrorist organizations, fails to give adequate consideration to the other objectives of the *IRPA*. Section 3(1) of the *IRPA* sets out 11 objectives of the Act with respect to immigration. Only two of these are

donne de l’intérêt national a pour effet de modifier le paragraphe 34(2). La modification des textes législatifs relève de la fonction législative et dépasse le domaine de la fonction judiciaire. [par. 76]

[75] En résumé, cet examen démontre que l’interprétation implicite qu’a donnée le ministre de l’expression « intérêt national », — qu’elle a trait principalement à la sécurité nationale et la sécurité publique, sans écarter les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ou toutes considérations analogues — est conforme à l’historique législatif de la disposition.

(3) L’objet de la disposition

[76] L’intimé plaide que la *LIPR* concerne la sécurité publique et la sécurité nationale. Plus précisément, selon ses prétentions, l’objet des al. 34(1)c) et f) vise à garantir la sûreté et la sécurité des Canadiens, alors que le par. 34(2) prévoit l’octroi d’une dispense uniquement aux membres d’organisations terroristes qui sont innocents ou qui ont subi des contraintes et qui seraient autrement interdits de territoire.

[77] L’intimé a raison d’affirmer que la *LIPR* concerne la sécurité nationale et la sécurité publique. En fait, notre Cour l’a reconnu dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539 :

Les objectifs explicites de la *LIPR* révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. [. . .] Considérés collectivement, les objectifs de la *LIPR* et de ses dispositions relatives aux résidents permanents traduisent la ferme volonté de traiter les criminels et les menaces à la sécurité avec moins de clémence que le faisait l’ancienne Loi. [par. 10]

[78] Ceci étant dit, l’argument de l’intimé selon lequel le par. 34(2) est exclusivement axé sur la sécurité nationale et la sécurité publique et qu’il prévoit l’octroi d’une dispense uniquement aux membres d’organisations terroristes qui sont innocents ou qui ont subi des contraintes, ne tient pas adéquatement compte des autres objectifs de la *LIPR*. Le paragraphe 3(1) de la *LIPR* énonce

related to public safety and national security: to protect public health and safety and to maintain the security of Canadian society (s. 3(1)(h)), and to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks (s. 3(1)(i)). The other nine objectives relate to other factors that properly inform the interpretation of the term “national interest” (e.g., “to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration” (s. 3(1)(a))). The explicit presence of these other objectives in the *IRPA* strongly suggests that this term is not limited to public safety and national security, but that the Parliament of Canada also intended that it be interpreted in the context of the values of a democratic state. Section 34 is intended to protect Canada, but from the perspective that Canada is a democratic nation committed to protecting the fundamental values of its *Charter* and of its history as a parliamentary democracy.

[79] Accordingly, the Minister’s broad implied interpretation of the term “national interest” is also consistent with the purpose of the provision.

(4) Context of the Provision

[80] As the Court noted in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, “[t]he preferred approach [to statutory interpretation] recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute” (para. 27). The context of s. 34(2) provides much guidance for the interpretation of the term “national interest”.

[81] First, according to the presumption of consistent expression, when different terms are used in a single piece of legislation, they must be understood to have different meanings. If Parliament

11 objectifs en matière d’immigration. Seuls deux objectifs ont trait à la sécurité publique et à la sécurité nationale : protéger la santé et la sécurité publiques et garantir la sécurité de la société canadienne (al. 3(1)h)), et promouvoir, à l’échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l’interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité (al. 3(1)i)). Les neuf autres objectifs ont trait à différents facteurs dont la présence facilite l’interprétation de l’expression « intérêt national » (p. ex., « permettre au Canada de retirer de l’immigration le maximum d’avantages sociaux, culturels et économiques » (al. 3(1)a))). L’énumération expresse de ces autres objectifs dans la *LIPR* donne fortement à penser que cette expression ne porte pas uniquement sur la sécurité publique et sur la sécurité nationale. Elle indique plutôt que le Parlement du Canada voulait également qu’elle soit interprétée dans le contexte des valeurs d’un état démocratique. L’article 34 vise à protéger le Canada, mais dans la perspective du caractère démocratique du Canada, une nation qui entend protéger les valeurs fondamentales de sa *Charte* et de son histoire de démocratie parlementaire.

[79] Par conséquent, l’interprétation large et implicite que donne le ministre de l’expression « intérêt national » est également conforme à l’objectif de la disposition en question.

(4) Le contexte de la disposition

[80] Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, « [c]ette méthode [d’interprétation législative] reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l’interprétation par les tribunaux du texte d’une loi » (par. 27). Le contexte entourant le par. 34(2) est d’un grand secours quant à l’interprétation de l’expression « intérêt national ».

[81] Premièrement, selon la présomption d’uniformité d’expression, lorsque des termes différents sont employés dans un même texte législatif, il faut considérer qu’ils ont un sens différent. Il faut

has chosen to use different terms, it must have done so intentionally in order to indicate different meanings. The term “national interest” is used in s. 34(2), which suggests that what is to be considered by the Minister under that provision is broader than the considerations of whether the individual is “a danger to the security of Canada” (s. 34(1)(d)) or whether he or she “might endanger the lives or safety of persons in Canada” (s. 34(1)(e)), both of which appear in s. 34(1). If Parliament had intended national security and public safety to be the only considerations under s. 34(2), it could have said so using the type of language found in s. 34(1). It did not do so, however.

[82] In a similar vein, the terms “national security”, “danger to the public” and “endanger the safety of any person” each appear several times elsewhere in the *IRPA*. In light of the presumption of consistent expression, “national interest” cannot be synonymous with any of these terms. Rather, the use of the term “national interest” implies that the Minister is to carry out a broader analysis under s. 34(2). Contrary to what the Federal Court of Appeal held in the case at bar, in determining whether a person’s continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest, the Minister must consider more than just national security and whether the applicant is a danger to the public or to the safety of any person.

[83] Second, if s. 34(2) were concerned solely with the danger an applicant poses to the security of Canada, it would be impossible for a person found to be inadmissible under s. 34(1)(d) (“being a danger to the security of Canada”) to obtain relief under s. 34(2). This is an absurd interpretation which must be avoided.

[84] Third, the respondent argues that, because of the possibility of H&C relief under s. 25 of

tenir pour acquis que le législateur a délibérément choisi des termes différents dans le but d’indiquer un sens différent. L’expression « intérêt national » est employée au par. 34(2). Cette mention indique que les facteurs dont le ministre doit tenir compte pour l’application de cette disposition ont une portée plus large que les considérations consistant à savoir si la personne constitue « un danger pour la sécurité du Canada » (al. 34(1)d)) ou si cette personne est « susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d’autrui au Canada » (al. 34(1)e)), deux considérations énumérées au par. 34(1). S’il avait voulu que la sécurité nationale et la sécurité publique soient les seuls éléments à considérer suivant le par. 34(2), le législateur aurait pu l’énoncer en employant des termes du genre de ceux employés au par. 34(1). Or, il ne l’a pas fait.

[82] Dans le même ordre d’idées, les expressions « sécurité nationale », « danger pour la sécurité publique » ou « danger pour [. . .] la sécurité d’autrui » sont employées à plusieurs reprises ailleurs dans la *LIPR*. Suivant la présomption d’uniformité d’expression, l’expression « intérêt national » ne peut être synonyme de l’une ou l’autre de ces expressions. L’emploi des mots « intérêt national » indique plutôt que le ministre doit procéder à une analyse plus générale au regard du par. 34(2). Contrairement à la conclusion de la Cour d’appel fédérale en l’espèce, en déterminant si la présence d’une personne au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national, l’examen du ministre ne doit pas se limiter à la sécurité nationale et à la question de déterminer si le demandeur constitue un danger pour la sécurité publique ou pour la sécurité d’autrui.

[83] Deuxièmement, si le par. 34(2) concernait uniquement le danger que pose le demandeur pour la sécurité du Canada, il serait impossible pour la personne interdite de territoire en vertu de l’al. 34(1)d) (« constituer un danger pour la sécurité du Canada ») d’obtenir une dispense aux termes du par. 34(2). Il s’agit là d’une interprétation absurde, à éviter.

[84] Troisièmement, l’intimé soutient qu’en raison de la possibilité qu’une personne obtienne une

the *IRPA*, the principle of consistent expression dictates that H&C factors should not be relevant to a determination of what is in the national interest under s. 34(2). I agree, but with some qualifications. H&C considerations are more properly considered in the context of a s. 25 application, and s. 34 should not be transformed into an alternative form of humanitarian review. But s. 34 does not necessarily exclude the consideration of personal factors that might be relevant to this particular form of review. For example, such considerations may have an impact on the assessment of the applicant's personal characteristics for the purpose of determining whether he or she can be viewed as a threat to the security of Canada. Of the considerations in the Guidelines unrelated to national security and public safety which formed part of the Minister's implied interpretation, only very few are H&C factors. The fact that the Minister considered such factors did not render his interpretation of the term "national interest" unreasonable.

[85] Finally, the broader context of s. 34(2) of the *IRPA* also includes the Guidelines. Although not law in the strict sense, and although they are liable to evolve over time as the context changes, thus giving rise to new requirements adapted to different contexts, guidelines are "a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the . . . section" (*Baker*, at para. 72). The Guidelines were published in 2005, and they applied to applications for ministerial relief under s. 34(2) at the time the Minister reached his decision on the appellant's application. As is evident from the numerous considerations contained in Appendix 1, the Guidelines represent a broad approach to the concept of the "national interest". They do not simply equate the "national interest" with national security and public safety, as the Federal Court of Appeal did. Rather, they suggest that the national interest analysis is broader than that, although its

dispense pour des raisons d'ordre humanitaire, en application du par. 25 de la *LIPR*, le principe d'uniformité d'expression exige que les facteurs d'ordre humanitaire n'entrent pas en ligne de compte pour décider ce qui est dans l'« intérêt national » aux termes du par. 34(2). Je suis d'accord avec lui, mais sous réserve de certaines nuances. Il vaut mieux examiner les considérations d'ordre humanitaire dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 25, et l'art. 34 ne devrait pas devenir une formule de rechange à l'examen pour des raisons d'ordre humanitaire. Mais l'art. 34 n'exclut pas nécessairement la prise en compte de facteurs personnels qui peuvent être pertinents dans le cadre de ce type particulier d'examen. Par exemple, ces considérations peuvent avoir une incidence sur l'examen des caractéristiques personnelles du demandeur afin de déterminer s'il peut être considéré comme présentant une menace pour la sécurité du Canada. Parmi les considérations du guide opérationnel qui étaient étrangères à la sécurité nationale et à la sécurité publique, et qui s'inscrivaient dans la définition implicite donnée par le ministre, quelques-unes seulement constituent des facteurs d'ordre humanitaire. Le fait que le ministre ait tenu compte de ces facteurs n'a pas rendu déraisonnable son interprétation de l'expression « intérêt national ».

[85] Enfin, le contexte plus général entourant le par. 34(2) de la *LIPR* inclut également le guide opérationnel. Bien qu'il ne constitue pas un texte législatif au sens strict du terme et qu'il puisse évoluer au fil du temps, selon que le contexte change et engendre de nouvelles exigences adaptées à différents contextes, le guide opérationnel se veut « une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable [. . .] [de] l'article » (*Baker*, par. 72). Le guide opérationnel, publié en 2005, s'appliquait aux demandes de dispense ministérielle présentées en vertu du par. 34(2) au moment où le ministre a tranché la demande de l'appelant. Comme il ressort des nombreuses considérations figurant à l'annexe 1, le guide opérationnel indique une interprétation large de la notion d'« intérêt national ». Il n'assimile pas l'« intérêt national » uniquement à la sécurité nationale et à la sécurité publique, comme l'a fait la Cour d'appel

focus may properly be on national security and public safety.

[86] Thus, the Minister’s implied interpretation of the term “national interest” — that it relates predominantly to national security and public safety, but does not exclude the other important considerations outlined in the Guidelines or any analogous considerations — is consistent with all these contextual indications of the meaning of this term.

[87] In summary, an analysis based on the principles of statutory interpretation reveals that a broad range of factors may be relevant to the determination of what is in the “national interest”, for the purposes of s. 34(2). Even excluding H&C considerations, which are more appropriately considered in the context of a s. 25 application, although the factors the Minister may validly consider are certainly not limitless, there are many of them. Perhaps the best illustration of the wide variety of factors which may validly be considered under s. 34(2) can be seen in the ones set out in the Guidelines (with the exception of the H&C considerations included in the Guidelines). Ultimately, which factors are relevant to the analysis in any given case will depend on the particulars of the application before the Minister (*Soe*, at para. 27; *Tameh*, at para. 43).

[88] This interpretation is compatible with the interpretation of the term “national interest” the Minister might have given in support of his decision on the appellant’s application for relief. It is consistent with that decision. The Minister’s implied interpretation of the term related predominantly to national security and public safety, but did not exclude the other important considerations outlined in the Guidelines or any analogous considerations. In light of my discussion of the principles

fédérale. Le guide opérationnel indique plutôt que l’analyse relative à l’intérêt national a une portée plus large, même si elle peut à juste titre être axée sur la sécurité nationale et la sécurité publique.

[86] Ainsi, l’interprétation implicite qu’a donnée le ministre de l’expression « intérêt national » — qu’elle a trait principalement à la sécurité nationale et la sécurité publique, sans écarter les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ou toutes considérations analogues — est conforme à tous les éléments contextuels susmentionnés quant au sens de cette expression.

[87] En résumé, une analyse fondée sur les principes d’interprétation législative révèle qu’un large éventail de facteurs peuvent s’avérer pertinents à l’égard de la détermination du contenu de l’« intérêt national » pour les besoins de la mise en œuvre du par. 34(2). Même si l’on écarte les considérations d’ordre humanitaire, qu’il convient mieux de prendre en compte dans le cadre d’une demande en application du par. 25, l’étendue des facteurs dont le ministre peut valablement tenir compte, si elle n’est évidemment pas illimitée, demeure vaste. Les facteurs énoncés dans le guide opérationnel (à l’exception des considérations d’ordre humanitaire) constituent probablement la meilleure illustration de la grande variété de facteurs qui peuvent valablement être pris en compte pour l’application du par. 34(2). En fin de compte, les facteurs pertinents à l’égard de l’analyse dans une situation donnée dépendront des faits particuliers de la demande soumise au ministre (*Soe*, par. 27; *Tameh*, par. 43).

[88] Cette interprétation reste compatible avec l’interprétation de l’expression « intérêt national » que le ministre aurait pu donner à l’appui de sa décision relative à la demande de dispense de l’appelant. Elle est conforme à cette décision. L’interprétation implicite de cette expression par le ministre avait trait principalement à la sécurité nationale et la sécurité publique, mais elle n’a pas écarté les autres considérations importantes énoncées dans le guide opérationnel ni d’autres

of statutory interpretation, this interpretation was eminently reasonable.

F. *Is the Minister's Decision Valid?*

[89] Having concluded that the Minister's implied interpretation of the term "national interest" is reasonable, I should also confirm that the decision as a whole is valid. The Minister's reasons were justifiable, transparent and intelligible. Although brief, they made clear the process he had followed in ruling on the appellant's application. He reviewed and considered all the material and evidence before him. Having done so, he placed particular emphasis on: the appellant's contradictory and inconsistent accounts of his involvement with the LNSF, a group that has engaged in terrorism; the fact that the appellant was most likely aware of the LNSF's previous activity; and the fact that the appellant had had sustained contact with the LNSF. The Minister's reasons revealed that, on the basis of his review of the evidence and other submissions as a whole, and of these factors in particular, he was not satisfied that the appellant's continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest. In short, his reasons allow this Court to clearly understand why he made the decision he did.

[90] Furthermore, the Minister's decision falls within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in light of the facts and the law. The burden was on the appellant to show that his continued presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The Minister declined to provide discretionary relief to the appellant, as he was not satisfied that this burden had been discharged. His conclusion was acceptable in light of the facts which had been submitted to him.

[91] As this Court held in *Suresh*, a court reviewing the reasonableness of a minister's exercise of discretion is not entitled to engage in a

considérations analogues. Au terme de l'examen qui précède des principes d'interprétation législative, j'estime que cette interprétation était éminemment raisonnable.

F. *La décision du ministre est-elle valide?*

[89] Après avoir conclu que l'interprétation implicite donnée par le ministre de l'expression « intérêt national » est raisonnable, je dois confirmer la validité de la décision dans son ensemble. Les motifs du ministre étaient justifiables, transparents et intelligibles. Malgré leur brièveté, ils indiquaient clairement le processus décisionnel suivi relativement à la demande de l'appellant. Le ministre a examiné toutes les pièces et les éléments de preuve qui lui ont été soumis. Il a particulièrement tenu compte du fait que l'appellant a donné des récits contradictoires et incohérents au sujet de son association au FSNL, un groupe qui s'est livré au terrorisme; du fait que l'appellant était fort probablement au courant des activités antérieures du FSNL, et du fait que l'appellant avait entretenu des contacts suivis avec le FSNL. Il ressort des motifs du ministre que, en se fondant sur l'examen qu'il a fait des éléments de preuve et des observations dans leur ensemble, et de ces facteurs en particulier, il n'était pas convaincu que la présence continue de l'appellant au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. En bref, ses motifs permettent à la Cour de saisir clairement pourquoi il est arrivé à cette décision.

[90] De plus, la décision du ministre s'inscrit dans un éventail de solutions acceptables possibles qui peuvent se justifier au regard des faits et du droit. Il incombait à l'appellant de démontrer que sa présence continue au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. Le ministre a refusé d'accorder à l'appellant une dispense de nature discrétionnaire parce qu'il n'était pas convaincu que ce dernier s'était acquitté de ce fardeau de preuve. Sa conclusion était acceptable au regard des faits qui lui avaient été présentés.

[91] Comme l'a statué notre Cour dans *Suresh*, dans le cadre d'un contrôle du caractère raisonnable de l'exercice ministériel d'un pouvoir discrétionnaire,

new weighing process (para. 37; see also *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 39). As the Minister stated in his reasons, he had “reviewed and considered” (i.e. weighed) all the factors set out in the appellant’s application which were relevant to determining what was in the “national interest” in light of his reasonable interpretation of that term. He gave particular weight to certain factors pertaining to national security and public safety and emphasized them in his reasons, namely: the appellant’s contradictory and inconsistent accounts of his involvement with the LNSF; the fact that the appellant was most likely aware of the LNSF’s previous activity; and the fact that the appellant had had sustained contact with the LNSF. Given that the Minister considered and weighed all the relevant factors as he saw fit, it is not open to the Court to set the decision aside on the basis that it is unreasonable.

[92] In all the circumstances, it cannot be said that either the result or the Minister’s decision as a whole was unreasonable. But a final issue remains: it relates to an allegation of a failure to meet the requirements of procedural fairness.

G. *Was the Decision Unfair, and Did It Fail to Meet the Appellant’s Legitimate Expectations?*

[93] As this Court noted in *Dunsmuir*, at para. 79, “[p]rocedural fairness is a cornerstone of modern Canadian administrative law. Public decision makers are required to act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual.” The Court’s comment that “[p]rocedural fairness has many faces” (*Dunsmuir*, at para. 77) is also relevant to this case.

[94] The particular face of procedural fairness at issue in this appeal is the doctrine of legitimate expectations. This doctrine was given a strong

les tribunaux ne sont pas autorisés à utiliser un nouveau processus d’évaluation (par. 37; voir également *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 39). Comme il l’a affirmé dans ses motifs, le ministre a [TRADUCTION] « examiné et [. . .] tenu compte [de] » (c.-à-d. a évalué) tous les facteurs exposés dans la demande de l’appelant qui étaient pertinents pour décider ce qui était dans l’« intérêt national », selon son interprétation raisonnable de cette expression. Le ministre a accordé une importance particulière à certains facteurs relatifs à la sécurité nationale et la sécurité publique et les a soulignés dans ses motifs, soit les contradictions et incohérences de l’appelant au sujet de son association au FSNL, le fait que l’appelant était fort probablement au courant des activités antérieures du FSNL, et le fait que l’appelant avait entretenu des contacts suivis avec le FSNL. Puisque le ministre a examiné et évalué tous les facteurs pertinents comme il l’a jugé à propos, il n’appartient pas à la Cour d’annuler sa décision parce qu’elle serait déraisonnable.

[92] Compte tenu de l’ensemble des circonstances, on ne saurait affirmer que l’issue, ou la décision du ministre dans son ensemble, étaient déraisonnables. Il reste toutefois à trancher une dernière question qui porte sur une allégation de manquement aux exigences de l’équité procédurale.

G. *La décision était-elle inéquitable, et constituait-elle une atteinte aux attentes légitimes de l’appelant?*

[93] Ainsi que l’a fait remarquer notre Cour dans l’arrêt *Dunsmuir*, par. 79, « [l]’équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d’équité lorsqu’ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d’une personne ». L’observation de la Cour selon laquelle « [l]’équité procédurale comporte de nombreuses facettes » (*Dunsmuir*, par. 77) revêt également de l’importance en l’espèce.

[94] La théorie des attentes légitimes constitue la facette particulière de l’équité procédurale qui nous occupe dans le présent pourvoi. Cette doctrine

foundation in Canadian administrative law in *Baker*, in which it was held to be a factor to be applied in determining what is required by the common law duty of fairness. If a public authority has made representations about the procedure it will follow in making a particular decision, or if it has consistently adhered to certain procedural practices in the past in making such a decision, the scope of the duty of procedural fairness owed to the affected person will be broader than it otherwise would have been. Likewise, if representations with respect to a substantive result have been made to an individual, the duty owed to him by the public authority in terms of the procedures it must follow before making a contrary decision will be more onerous.

[95] The specific conditions which must be satisfied in order for the doctrine of legitimate expectations to apply are summarized succinctly in a leading authority entitled *Judicial Review of Administrative Action in Canada*:

The distinguishing characteristic of a legitimate expectation is that it arises from some conduct of the decision-maker, or some other relevant actor. Thus, a legitimate expectation may result from an official practice or assurance that certain procedures will be followed as part of the decision-making process, or that a positive decision can be anticipated. As well, the existence of administrative rules of procedure, or a procedure on which the agency had voluntarily embarked in a particular instance, may give rise to a legitimate expectation that such procedures will be followed. Of course, the practice or conduct said to give rise to the reasonable expectation must be clear, unambiguous and unqualified. [Emphasis added.]

(D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at §7:1710; see also *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at para. 29; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at para. 68.)

a trouvé de solides assises en droit administratif canadien dans *Baker*, où la Cour a statué qu'il s'agit d'un facteur qu'il faut prendre en compte pour déterminer les exigences de l'obligation d'équité procédurale de la common law. Si un organisme public a fait des déclarations au sujet des procédures qu'il suivrait pour rendre une décision en particulier, ou s'il a constamment suivi dans le passé, en prenant des décisions du même genre, certaines pratiques procédurales, la portée de l'obligation d'équité procédurale envers la personne touchée sera plus étendue qu'elle ne l'aurait été autrement. De même, si un organisme a fait une représentation à une personne relativement à l'issue formelle d'une affaire, l'obligation de cet organisme envers cette personne quant à la procédure à suivre avant de rendre une décision en sens contraire sera plus rigoureuse.

[95] Les conditions précises à satisfaire pour que s'applique la théorie de l'attente légitime sont résumées succinctement comme suit dans un ouvrage qui fait autorité intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada* :

[TRADUCTION] La caractéristique qui distingue une attente légitime réside dans le fait que celle-ci découle de la conduite du décideur ou d'un autre acteur compétent. Une attente légitime peut donc découler d'une pratique officielle ou d'une assurance voulant que certaines procédures soient suivies dans le cadre du processus décisionnel, ou qu'il soit possible de prévoir une décision favorable. De même, l'existence des règles de procédure de nature administrative ou d'une procédure que l'organisme a adoptée de son plein gré dans un cas particulier, peut donner ouverture à une attente légitime que cette procédure sera suivie. Certes, la pratique ou la conduite qui auraient suscité une attente raisonnable doivent être claires, nettes et explicites. [Je souligne.]

(D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §7:1710; voir également *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, par. 29; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, par. 68.)

[96] In *Mavi*, Binnie J. recently explained what is meant by “clear, unambiguous and unqualified” representations by drawing an analogy with the law of contract (at para. 69):

Generally speaking, government representations will be considered sufficiently precise for purposes of the doctrine of legitimate expectations if, had they been made in the context of a private law contract, they would be sufficiently certain to be capable of enforcement.

[97] An important limit on the doctrine of legitimate expectations is that it cannot give rise to substantive rights (*Baker*, at para. 26; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557). In other words, “[w]here the conditions for its application are satisfied, the Court may [only] grant appropriate procedural remedies to respond to the ‘legitimate’ expectation” (*C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 131 (emphasis added)).

[98] In the case at bar, the Guidelines created a clear, unambiguous and unqualified procedural framework for the handling of relief applications, and thus a legitimate expectation that that framework would be followed. The Guidelines were published by CIC, and, although CIC is not the Minister’s department, it is clear that they are “used by employees of [both] CIC and the CBSA for guidance in the exercise of their functions and in applying the legislation” (R.F., at para. 108). The Guidelines are and were publicly available, and, as Appendix 2 to these reasons illustrates, they constitute a relatively comprehensive procedural code for dealing with applications for ministerial relief. Thus, the appellant could reasonably expect that his application would be dealt with in accordance with the process set out in them. In brief, this process is as follows:

1. Following the receipt of an application for relief, the CIC officer provides the applicant with a copy of the “National Interest Information Sheet”. The applicant is given 15 days to send his or her submission to the local CIC office.

[96] Récemment, dans l’arrêt *Mavi*, le juge Binnie a expliqué ce que l’on entend par des affirmations « claires, nettes et explicites » en établissant une analogie avec le droit contractuel (par. 69) :

En général, on juge suffisamment précise pour les besoins de la théorie de l’attente légitime l’affirmation gouvernementale qui, si elle avait été faite dans le contexte du droit contractuel privé, serait suffisamment claire pour être susceptible d’exécution.

[97] L’impossibilité que la théorie de l’attente légitime constitue la source de droits matériels lui apporte une restriction importante (*Baker*, par. 26; *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557). En d’autres mots, « [I]orsque les conditions d’application de la règle sont remplies, la Cour peut [seulement] accorder une réparation procédurale convenable pour répondre à l’expectative “légitime” » (*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 131 (je souligne)).

[98] En l’espèce, le guide opérationnel a créé un cadre procédural clair, net et explicite pour le traitement des demandes de dispense et, de ce fait, une attente légitime quant à son application. Le guide opérationnel a été publié par CIC, et bien que ce ministère ne relève pas du ministre, il est clair que le guide opérationnel est utilisé à la fois par [TRADUCTION] « les agents de CIC et les agents de l’ASFC dans l’exercice de leurs fonctions et pour l’application de la loi » (m.i., par. 108). Le guide opérationnel était accessible au public et l’est encore, et comme il ressort de l’annexe 2 aux présents motifs, il constitue un code de procédure relativement exhaustif concernant le traitement des demandes de dispense ministérielle. L’appellant pouvait donc raisonnablement s’attendre à ce que sa demande soit traitée conformément au processus qui y est prévu. Les étapes de ce processus peuvent être résumées comme suit :

1. Après réception d’une demande de dispense ministérielle, l’agent de CIC remet au demandeur une copie de la « Feuille de renseignements sur l’intérêt national ». Le demandeur dispose de 15 jours pour envoyer sa demande au bureau local de CIC.

2. Upon receipt of the applicant's submission, the CIC officer prepares a report which discusses the current situation regarding the applicant's ground for inadmissibility, the details of the applicant's application for relief, and any personal or exceptional circumstances of the applicant that should be considered.
 3. The CIC report is forwarded to the National Security Division, Intelligence Directorate, CBSA, along with the applicant's submission and all supporting documents. The CBSA may conduct further investigations at this stage.
 4. The CBSA analyst prepares a recommendation to the Minister, which includes all supporting documentation.
 5. A copy of the recommendation to the Minister is disclosed to the applicant, who may then make additional submissions or provide additional documents in response.
 6. The applicant's original submission and its supporting documentation, the CIC officer's report, the CBSA's recommendation, and any additional submissions or documents received from the applicant in response to that recommendation are all forwarded to the Minister.
 7. The Minister renders a decision on the application. The decision is entirely within the Minister's discretion.
 8. If the decision is negative, CIC issues a refusal letter to the applicant.
2. Dès la réception des documents du demandeur, l'agent de CIC prépare un rapport faisant état de la situation actuelle du demandeur par rapport au motif d'interdiction de territoire, des détails de sa demande de dispense ainsi que de toute circonstance personnelle ou exceptionnelle concernant le demandeur dont il faut tenir compte.
 3. Le rapport de CIC est acheminé à la Division de la sécurité nationale de la Direction du renseignement de l'ASFC, accompagné des observations écrites du demandeur et de tous les documents à l'appui. L'ASFC peut effectuer d'autres enquêtes à cette étape.
 4. L'analyste de l'ASFC prépare une recommandation au ministre comportant tous les documents à l'appui.
 5. Une copie de la recommandation au ministre est envoyée au demandeur, qui peut par la suite présenter des observations ou des documents supplémentaires en réponse.
 6. Les observations initiales et les documents à l'appui fournis par le demandeur, le rapport de l'agent de CIC, la recommandation de l'ASFC et les observations ou documents supplémentaires reçus en réponse à cette recommandation sont tous acheminés au ministre.
 7. Le ministre rend sur la demande une décision qui relève exclusivement de son pouvoir discrétionnaire.
 8. Si la décision est négative, CIC envoie au demandeur une lettre de rejet.

[99] The appellant has not shown that his application was not dealt with in accordance with this process outlined in the Guidelines. In May 2002, he was advised of the ministerial relief process by way of a letter akin to the National Interest Information Sheet. He responded to this letter by making submissions through his counsel, and CIC then prepared its report. The CBSA prepared a briefing note for the Minister, which contained

[99] L'appelant n'a pas démontré que ce processus prévu dans le guide opérationnel n'a pas été suivi lors du traitement de sa demande. En mai 2002, il a été informé du processus de dispense ministérielle par une lettre semblable à la Feuille de renseignements sur l'intérêt national. En réponse, il a présenté des observations par l'intermédiaire de son avocat, et CIC a alors préparé son rapport. L'ASFC a ensuite préparé à

its recommendation, and this note was disclosed to the appellant. The appellant declined to make additional submissions or provide additional documents in response to the recommendation. The appellant's submission and its supporting documentation, the CIC officer's report, and the CBSA's recommendation were all forwarded to the Minister, and the Minister rendered a decision on the application. As counsel for the appellant rightly acknowledges, "[i]n the Appellant's case, the Ministerial relief process followed the process set out in the IP 10 guidelines" (A.F., at para. 53). His legitimate expectation in this regard was therefore fulfilled.

[100] The appellant raises a further argument to the effect that he had a legitimate expectation that the Minister would consider certain factors in determining his relief application. The source of this alleged expectation is twofold. First, the appellant argues that the Guidelines created an expectation that the pertinent factors set out in Appendix 1 to these reasons would be considered. Second, he alleges that he had a legitimate expectation that H&C factors would be considered in determining his application as a result of a letter CIC had sent him on May 22, 2002. That letter read, in part, as follows:

The Minister will consider whether granting you permanent residence to Canada would be contrary to the National Interest to Canada. This will require an assessment of the detriment that you pose to the National Interest of Canada, as well as any humanitarian and compassionate circumstances pertinent to your situation. [Emphasis added; A.R., vol. III, at p. 287.]

[101] Even were I to assume that the Guidelines and the letter unambiguously promised the appellant that certain factors would be considered in assessing his application for relief and that, at law, someone in his position might in fact have a legitimate expectation that certain factors would be considered in making a discretionary decision, his argument would nevertheless fail. As I mentioned above, the Minister's implied interpretation of the

l'intention du ministre une note documentaire contenant sa recommandation, et cette note a été communiquée à l'appelant. L'appelant a refusé de présenter d'autres observations ou des documents supplémentaires en réponse à la recommandation. Les observations et les documents à l'appui fournis par l'appelant, le rapport de l'agent de CIC et la recommandation de l'ASFC ont tous été acheminés au ministre, qui a rendu une décision sur la demande. Comme le reconnaît avec raison l'avocat de l'appelant, [TRADUCTION] « [d]ans le cas de l'appelant, le processus de dispense ministérielle a suivi le processus énoncé dans le guide opérationnel IP 10 » (m.a., par. 53). On a donc satisfait à l'attente légitime de l'appelant à cet égard.

[100] L'appelant invoque un autre argument selon lequel il s'attendait légitimement à ce que le ministre tienne compte de certains facteurs pour trancher sa demande de dispense. L'origine de cette présumée attente est double. Premièrement, l'appelant soutient que, compte tenu du guide opérationnel, il s'attendait à ce que les facteurs pertinents énoncés à l'annexe 1 aux présents motifs soient pris en compte. Deuxièmement, il allègue l'existence d'une attente légitime que le ministre tiendrait compte de facteurs d'ordre humanitaire pour trancher sa demande, une attente qui reposait sur une lettre que CIC lui avait envoyée le 22 mai 2002. La lettre contenait le passage suivant :

[TRADUCTION] Le ministre décidera si le fait de vous accorder la résidence permanente au Canada serait contraire à l'intérêt national. Il faudra évaluer le préjudice que votre présence causerait à l'intérêt national du Canada, ainsi que les circonstances d'ordre humanitaire pertinentes dans votre cas. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 287.]

[101] À supposer, sans en décider, que le guide opérationnel et la lettre donnaient lieu sans équivoque à un engagement envers l'appelant quant à la prise en compte de certains facteurs dans l'examen de sa demande de dispense et que, en droit, une personne dans sa situation pourrait en fait s'attendre légitimement à ce que certains facteurs soient pris en considération pour rendre une décision discrétionnaire, l'argument de l'appelant

term “national interest” encompasses all the factors referred to in the Guidelines. Also as I mentioned above, and as the appellant acknowledges, these factors include H&C factors (A.F., at para. 122). In a manner consistent with this interpretation of the term “national interest”, the Minister “reviewed and considered the material and evidence submitted in its entirety”. Therefore, if the appellant had a legitimate expectation that the Minister would consider certain factors, including H&C factors, in determining his application for relief, this expectation was fulfilled.

[102] In my opinion, there was no failure to meet the appellant’s legitimate expectations or to discharge the duty of procedural fairness owed to him. The Minister’s decision cannot therefore be set aside on this basis.

V. Conclusion

[103] As a result, I would dismiss the appeal and allow the Minister’s decision under s. 34(2) of the *IRPA* to stand. In the circumstances, and taking particular account of the Minister’s inordinate delay in rendering a decision that was of the utmost importance to Mr. Agraira, I would make no order as to costs.

Appendix 1 — Relevant Portions of the Guidelines re: “National Interest”

9.2. Processing the request

. . .

Upon receipt of the applicant’s submission, the officer should prepare a report, which consists of the following:

- the applicant’s current situation regarding the ground of inadmissibility (refer to Appendix D for an outline of the questions and considerations that must be addressed in preparing this information);

ne pourrait néanmoins être retenu. Comme je l’ai déjà mentionné, la définition implicite que le ministre a donnée de l’expression « intérêt national » englobe tous les facteurs mentionnés dans le guide opérationnel. De plus, tel qu’indiqué précédemment et comme le reconnaît l’appelant, ces facteurs comprennent des facteurs d’ordre humanitaire (m.a., par. 122). Conformément à cette interprétation de l’expression « intérêt national », le ministre a [TRADUCTION] « examiné au complet les pièces et les éléments de preuve qui ont été soumis ». Par conséquent, si l’appelant avait une attente légitime que le ministre tienne compte, pour trancher sa demande de dispense, de certains facteurs, dont les facteurs d’ordre humanitaire, cette attente trouvait satisfaction.

[102] À mon avis, la décision du ministre ne constituait pas une atteinte aux attentes légitimes de l’appelant et respectait l’obligation d’équité procédurale envers ce dernier. Elle ne peut donc être annulée pour ces motifs.

V. Conclusion

[103] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la décision du ministre rendue au titre du par. 34(2) de la *LIPR*. Dans les circonstances, et compte tenu en particulier du retard excessif du ministre à rendre une décision qui revêtait une importance capitale pour M. Agraira, je suis d’avis de ne rendre aucune ordonnance concernant les dépens.

Annexe 1 — Guide opérationnel : passages pertinents relatifs à l’« intérêt national »

9.2 Traitement de la demande

. . .

Dès la réception des documents du demandeur, l’agent doit préparer un rapport contenant les éléments suivants :

- la situation actuelle du demandeur par rapport au motif d’interdiction de territoire (voir l’Appendice D pour un aperçu des questions et des considérations à prendre en compte lors de la préparation des renseignements);

- the details of the application and any personal or exceptional circumstances to be taken into consideration; this would include:
 - details of immigration application;
 - basis for refugee protection, if applicable;
 - other grounds of inadmissibility, if applicable;
- activities while in Canada;
- details of family in Canada or abroad;
- any Canadian interest.

Appendix B National interest information sheet

You may be exempted from this ground of inadmissibility if the Minister decides that your presence in Canada would not be detrimental to Canada's national interest. The consideration of national interest involves the assessment and balancing of all factors pertaining to your admission to Canada against the stated objectives in Canada's *Immigration and Refugee Protection Act*, as well as Canada's domestic and international interests and obligations.

If you wish to be considered for this exemption, you must prepare a submission along with any supporting documentation that you deem relevant. To assist you in preparing your submission, it is suggested that you address the following:

- Why are you seeking admission to Canada?
- Are there any special circumstances surrounding your application?
- Provide evidence that you do not constitute a danger to the public.
- Explain current activities you are involved in (employment, education, family situation, involvement in the community, etc.).

Appendice B Feuille de renseignements sur l'intérêt national

Le ministre peut vous accorder une dispense d'interdiction de territoire pour ce motif s'il détermine que votre présence au Canada n'est nullement préjudiciable à l'intérêt national. La prise en compte de l'intérêt national comprend l'évaluation et l'importance relative de tous les facteurs rattachés à votre admission au Canada par rapport aux objectifs énoncés dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada, et aux obligations et intérêts du Canada au niveau national et international.

Si vous voulez que votre cas soit examiné relativement à une dispense d'interdiction de territoire, vous devez préparer des observations, accompagnées de tout document que vous jugez pertinent. Pour vous aider, nous vous suggérons de procéder ainsi :

- indiquer les raisons pour lesquelles vous voulez être admis au Canada;
- indiquer les circonstances particulières associées à votre demande;
- fournir les éléments de preuve que vous ne constituez pas un danger pour le public;
- décrire vos activités actuelles (emploi, études, situation familiale, engagement au sein de la collectivité, etc.).

If the ground of inadmissibility involves membership in a regime or organization, explain the purpose of the organization, your role in the organization and activities in which you were involved. You must provide extensive detail and be very thorough in explaining this, including dates, locations and impact of these activities. When and for how long were you a member? Did these activities involve violence? If you are claiming to no longer be a member of this regime or organization, you must provide evidence. Explain when and why you disassociated yourself from the regime/organization and whether you are still involved with persons who are members of the regime/organization.

Lastly, explain your current attitude towards this regime/organization, its goals and objectives and how you feel about the means it has chosen to achieve its objectives.

Your submission need not be restricted to the above. You may provide any information and documents that you think may strengthen your request for an exemption. . . .

Appendix D Preparing the request for relief report

A request to the Minister should consist of three parts:

1. The client's submission and all supporting documentation;
2. A report prepared by the officer addressing the applicant's current situation with respect to the ground of inadmissibility and any exceptional circumstances to be taken into account. This includes:
 - details of the immigration application;
 - basis for refugee protection, if applicable;
 - other grounds of inadmissibility, if applicable;
 - activities while in Canada;
 - details of family in Canada or abroad;
 - any Canadian interest;

Si le motif de l'interdiction de territoire implique l'adhésion à une organisation ou un régime, expliquer la raison d'être de celui-ci, ainsi que le rôle que vous y avez joué et les activités auxquelles vous avez participé. Étayer votre demande de nombreux détails et d'explications très précises, y compris les dates, les lieux et les implications de ces activités. Quand avez-vous été membre de l'organisation ou du régime et pendant combien de temps? Ces activités comportaient-elles de la violence? Si vous affirmez ne plus être membre de cette organisation ou ce régime, fournir des preuves.

Expliquer à quel moment et pour quelle raison vous vous êtes dissocié de cette organisation ou ce régime et si vous entretenez encore des liens avec des personnes qui en sont membres. Enfin, expliquer votre attitude actuelle à l'égard de cette organisation ou ce régime, ses objectifs et votre point de vue sur les moyens qu'il utilise pour les atteindre.

Il n'est pas nécessaire de vous limiter aux éléments décrits ci-dessus. Vous pouvez fournir tout renseignement et document qui, selon vous, pourront appuyer votre demande de dispense. . . .

Appendice D Préparation du rapport de demande de dispense

La demande au ministre doit comprendre trois parties :

1. les observations du client et les documents à l'appui;
2. un rapport préparé par l'agent sur la situation actuelle du demandeur relativement au motif d'interdiction de territoire et toutes circonstances personnelles ou exceptionnelles à prendre en considération. Ce rapport comprend :
 - les détails de la demande d'immigration;
 - les raisons justifiant l'asile, le cas échéant;
 - les autres raisons justifiant l'interdiction de territoire, le cas échéant;
 - les activités du requérant pendant son séjour au Canada;
 - des détails sur la famille, qu'elle soit au Canada ou à l'étranger;
 - tout intérêt canadien;

- any personal or exceptional circumstances to be considered.
3. A recommendation to the Minister prepared by the CBSA, NHQ. In order to assess the current situation regarding the ground of inadmissibility, evidence must be produced to address the questions stated in the following table:

Questions	Details
Will the applicant's presence in Canada be offensive to the Canadian public?	<ul style="list-style-type: none"> • Is there satisfactory evidence that the person does not represent a danger to the public?
	<ul style="list-style-type: none"> • Was the activity an isolated event? If not, over what period of time did it occur?
	<ul style="list-style-type: none"> • When did the activity occur?
	<ul style="list-style-type: none"> • Was violence involved?
	<ul style="list-style-type: none"> • Was the person personally involved or complicit in the activities of the regime/organization?
	<ul style="list-style-type: none"> • Is the regime/organization internationally recognized as one that uses violence to achieve its goals? If so, what is the degree of violence shown by the organization?

- toutes circonstances exceptionnelles à prendre en considération.
3. Une recommandation au ministre préparée par l'administration centrale de l'ASFC. Afin d'évaluer la situation courante concernant le motif d'interdiction de territoire, des preuves doivent être fournies en vue de l'examen des aspects énoncés dans le tableau suivant :

Questions	Détails
La présence du demandeur au Canada est-elle inconvenante pour le public canadien?	<ul style="list-style-type: none"> • Y a-t-il des preuves satisfaisantes que le demandeur ne constitue pas un danger pour le public?
	<ul style="list-style-type: none"> • S'agissait-il d'un acte isolé? • Dans la négative, sur quelle période s'est-il produit?
	<ul style="list-style-type: none"> • Quand l'activité a-t-elle eu lieu?
	<ul style="list-style-type: none"> • Impliquait-elle de la violence?
	<ul style="list-style-type: none"> • Le demandeur était-il personnellement impliqué dans les activités de l'organisation/du régime, ou en était-il complice?
	<ul style="list-style-type: none"> • Au niveau international, l'organisation/le régime a-t-il la réputation de recourir à la violence pour atteindre ses buts? Dans l'affirmative, quel est le degré de violence manifesté par celui-ci?

Questions	Détails
... continued	<ul style="list-style-type: none"> • What was the length of time that the applicant was a member of the regime/ organization?
	<ul style="list-style-type: none"> • Is the organization still involved in criminal or violent activities?
	<ul style="list-style-type: none"> • What was the role or position of the person within the regime/ organization?
	<ul style="list-style-type: none"> • Did the person benefit from their membership or from the activities of the organization?
	<ul style="list-style-type: none"> • Is there evidence to indicate that the person was not aware of the atrocities/criminal/ terrorist activities committed by the regime/ organization?

Questions	Détails
... suite	<ul style="list-style-type: none"> • Pendant combien de temps le demandeur a-t-il été membre de l'organisation/du régime?
	<ul style="list-style-type: none"> • L'organisation/ le régime est-il encore impliqué dans des activités criminelles ou violentes?
	<ul style="list-style-type: none"> • Quel rôle jouait le demandeur ou quel poste occupait-il au sein de l'organisation/ du régime?
	<ul style="list-style-type: none"> • A-t-il tiré profit de son appartenance à l'organisation/ au régime ou de ses activités à l'intérieur de celui-ci?
	<ul style="list-style-type: none"> • Y a-t-il des preuves qu'il n'était pas au courant des atrocités ou activités criminelles/ terroristes commises par l'organisation/le régime?

Questions	Détails
Have all ties with the regime/organization been completely severed?	<ul style="list-style-type: none"> Has the applicant been credible, forthright, and candid concerning the activities/ membership that have barred admission or has the applicant tried to minimize their role?
	<ul style="list-style-type: none"> What evidence exists to demonstrate that ties have been severed?
	<ul style="list-style-type: none"> What are the details concerning disassociation from the regime/ organization? Did the applicant disassociate from the regime/ organization at the first opportunity? Why?
	<ul style="list-style-type: none"> Is the applicant currently associated with any individuals still involved in the regime/ organization?
	<ul style="list-style-type: none"> Does the applicant's lifestyle demonstrate stability or is there a pattern of activity likely associated with a criminal lifestyle?

Questions	Détails
Les liens du demandeur avec l'organisation/ le régime sont-ils complètement rompus?	<ul style="list-style-type: none"> Le demandeur est-il digne de foi, direct et honnête concernant les activités/ l'appartenance à l'organisation/ au régime qui ont empêché son admission, ou a-t-il essayé de minimiser son rôle à l'intérieur de celui-ci?
	<ul style="list-style-type: none"> Quelles sont les preuves qu'il a rompu ses liens?
	<ul style="list-style-type: none"> Quels sont les détails de la rupture de tels liens? A-t-il rompu ses liens avec l'organisation/ le régime à la première occasion? Pourquoi?
	<ul style="list-style-type: none"> Actuellement, a-t-il des liens avec des personnes encore impliquées dans l'organisation/le régime?
	<ul style="list-style-type: none"> Son mode de vie démontre-t-il de la stabilité ou un type d'activités vraisemblablement associées à la criminalité?

Questions	Détails
Is there any indication that the applicant might be benefiting from assets obtained while a member of the organization?	<ul style="list-style-type: none"> Is the applicant's lifestyle consistent with Personal Net Worth (PNW) and current employment?
	<ul style="list-style-type: none"> If not, provide evidence to establish that the applicant's PNW did not come from criminal activities.
Is there any indication that the applicant may be benefiting from previous membership in the regime/ organization?	<ul style="list-style-type: none"> Does the applicant's lifestyle demonstrate any possible benefits from former membership in the regime/ organization?
	<ul style="list-style-type: none"> Does the applicant's status in the community demonstrate any special treatment due to former membership in the regime/ organization?

Questions	Détails
Y a-t-il des indications quelconques que le demandeur pourrait retirer des bénéfices de son appartenance passée à l'organisation/ au régime?	<ul style="list-style-type: none"> Le demandeur a-t-il un mode de vie qui correspond à son avoir net personnel (ANP) et à son emploi actuel?
	<ul style="list-style-type: none"> Dans la négative, fournir des preuves que son ANP ne provient pas d'activités criminelles.
Y a-t-il des indications quelconques que le demandeur pourrait retirer des bénéfices de son appartenance passée à l'organisation/ au régime?	<ul style="list-style-type: none"> Le mode de vie du demandeur démontre-t-il qu'il pourrait retirer des bénéfices de son appartenance passée à l'organisation/au régime?
	<ul style="list-style-type: none"> Sa situation dans la communauté démontre-t-elle qu'il bénéficierait d'un traitement spécial quelconque en raison de son appartenance passée à l'organisation/au régime?

Questions	Détails
Has the person adopted the democratic values of Canadian society?	<ul style="list-style-type: none"> What is the applicant's current attitude towards the regime/ organization, their membership, and their activities on behalf of the regime/ organization?
	<ul style="list-style-type: none"> Does the applicant still share the values and lifestyle known to be associated with the organization?
	<ul style="list-style-type: none"> Does the applicant show any remorse for their membership or activities?
	<ul style="list-style-type: none"> What is the applicant's current attitude towards violence to achieve political change?
	<ul style="list-style-type: none"> What is the applicant's attitude towards the rule of law and democratic institutions, as they are understood in Canada?

Questions	Détails
Le demandeur a-t-il adopté les valeurs démocratiques de la société canadienne?	<ul style="list-style-type: none"> Quelle attitude le demandeur a-t-il actuellement à l'égard de l'organisation/ du régime, de son appartenance à celui-ci et des activités qu'il a exercées en son nom?
	<ul style="list-style-type: none"> Partage-t-il encore des valeurs et un mode de vie reconnus comme semblables à ceux de l'organisation?
	<ul style="list-style-type: none"> Exprime-t-il des remords pour avoir appartenu à l'organisation/au régime ou pour y avoir exercé des activités?
	<ul style="list-style-type: none"> Quelle attitude adopte-t-il actuellement face au recours à la violence en vue de changements politiques?
	<ul style="list-style-type: none"> Quelle attitude adopte-t-il au sujet de la primauté du droit et des institutions démocratiques, telles qu'elles sont comprises au Canada?

Appendix 2 — Relevant Portions of the Guidelines re: Legitimate Expectations

1. What this chapter is about

In addition to the general procedures for processing applications for permanent residence in Canada this chapter outlines procedures to be applied in cases involving possible inadmissibility on grounds of national security. It describes the process to be followed when an applicant requests relief under the national interest provisions. These guidelines are issued to ensure consistency in the application of procedural fairness requirements.

7.2. Specific requirements

The procedural fairness requirements when assessing inadmissibility and processing requests for ministerial relief are as follows:

- The decision-maker must make the decision on complete information. All documents provided by the applicant must be considered by the decision-maker. It is not acceptable that the contents of such documentation be summarized for the decision-maker without attaching the primary documentation.
- The applicant is entitled to be provided with all the relevant information that will be considered by the decision-maker to challenge the information and to present evidence and submissions. This entitlement is limited where disclosure of the information would be injurious to national security or to the safety of any person.
- The applicant is entitled to be made aware of concerns raised by the officer and to respond to those concerns.

9. Procedure – Requests for relief

At the interview with CIC, the applicant may request information about the national interest provision or apply for ministerial relief. The officer should be guided by the following principles and guidelines.

Annexe 2 — Guide opérationnel : passages pertinents relatifs aux attentes légitimes

1. Objet du chapitre

Outre les dispositions générales couvrant le traitement des demandes de résidence permanente au Canada, ce chapitre donne les grandes lignes des procédures à suivre dans les cas d'interdiction de territoire éventuelle pour atteinte à la sécurité nationale. Il décrit le processus à suivre lorsque le demandeur réclame une dispense en vertu des dispositions sur l'intérêt national. L'objet de ces lignes directrices est une mise en œuvre uniforme des exigences relatives à l'équité de la procédure.

7.2 Exigences explicites

Lorsqu'on évalue l'interdiction de territoire et que l'on traite les demandes de dispense ministérielle, les exigences en matière de procédure équitable sont les suivantes :

- Le décideur doit fonder sa décision sur des renseignements complets. Tous les documents fournis par le demandeur doivent être pris en compte par le décideur. Il n'est pas acceptable de fournir au décideur un résumé du contenu des documents sans y joindre les documents d'origine au complet.
- Le demandeur a le droit de recevoir tous les renseignements pertinents qui seront pris en compte par le décideur, de contester lesdits renseignements et de fournir des documents en preuve et des observations. Ce droit est limité dans l'éventualité où la communication de renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sûreté des personnes.
- Le demandeur a le droit d'être mis au courant des préoccupations soulevées par l'agent et d'y répondre.

9. Procédure – Demandes de dispense

Au moment de l'entrevue au bureau de CIC, le demandeur cherchera peut-être à obtenir des renseignements sur les dispositions relatives à l'intérêt national ou à la dispense ministérielle. L'agent doit se laisser guider par les lignes directrices et principes qui suivent.

9.1. Principles

The national interest provisions are intended to be exceptional. A6(3) precludes any delegation from the Minister. The following principles apply:

- The decision to grant relief is entirely within the discretion of the Minister. The role of the officer is primarily to ensure that accurate and complete information is placed before the Minister so that the Minister can make an informed decision.
- The officer should not encourage or discourage the applicant from applying for relief, nor should the officer provide an opinion regarding the merits of the application.

The request for relief under the national interest provisions must be initiated by the applicant. The request for relief is usually made after the applicant has been informed that they may be inadmissible to Canada on grounds of national security. Officers are not required to notify or advise the applicant of the possibility of requesting ministerial relief.

9.2. Processing the request

Following the receipt of an application for relief, the officer should provide the applicant with a copy of the *National Interest Information Sheet* (Appendix B). The applicant should normally be given 15 days (excluding mailing time) to send their submission to the local CIC office.

Upon receipt of the applicant's submission, the officer should prepare a report, which consists of the following:

- the applicant's current situation regarding the ground of inadmissibility (refer to Appendix D for an outline of the questions and considerations that must be addressed in preparing this information);
- the details of the application and any personal or exceptional circumstances to be taken into consideration; this would include:
 - details of immigration application;

9.1 Principes

Les dispositions relatives à l'intérêt national sont un recours exceptionnel. Le L6(3) interdit toute délégation de la part du ministre. Les principes suivants s'appliquent :

- La décision d'octroyer une dispense incombe exclusivement au ministre; l'agent est avant tout chargé de lui soumettre des renseignements exacts et complets afin que le ministre prenne une décision éclairée.
- L'agent ne doit ni encourager, ni décourager le demandeur à demander une dispense ministérielle; il ne doit pas non plus donner son avis sur le bien-fondé de la demande.

C'est au demandeur qu'il incombe de prendre l'initiative d'une requête de dispense ministérielle découlant des dispositions relatives à la sécurité nationale. Règle générale, la demande de dispense est faite après que le demandeur a été avisé qu'il est peut-être interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité nationale. Les agents ne sont pas tenus d'aviser le demandeur de la possibilité de faire une requête de dispense ministérielle.

9.2 Traitement de la demande

Après réception d'une demande de dispense ministérielle, l'agent doit remettre au demandeur une copie de la Feuille de renseignements sur l'intérêt national (Appendix B). Normalement, le demandeur dispose de 15 jours (à l'exclusion du délai postal) pour envoyer sa demande au bureau local de CIC.

Dès la réception des documents du demandeur, l'agent doit préparer un rapport contenant les éléments suivants :

- la situation actuelle du demandeur par rapport au motif d'interdiction de territoire (voir l'Appendice D pour un aperçu des questions et des considérations à prendre en compte lors de la préparation des renseignements);
- les détails de la demande et toute circonstance personnelle ou exceptionnelle dont il faut tenir compte. Cela comprend :
 - les détails de la demande d'immigration;

- basis for refugee protection, if applicable;
- other grounds of inadmissibility, if applicable;
- activities while in Canada;
- details of family in Canada or abroad;
- any Canadian interest.
- les raisons justifiant l'asile, le cas échéant;
- les autres raisons justifiant l'interdiction de territoire, le cas échéant;
- les activités du requérant pendant son séjour au Canada;
- des détails sur la famille, qu'elle soit au Canada ou à l'étranger;
- tout intérêt canadien.

This report should be signed by the officer and forwarded to the National Security Division, Intelligence Directorate, CBSA, with the applicant's submission and all supporting documents. A recommendation should not be provided at this stage as the CBSA NHQ may conduct further investigations and acquire additional information before the matter is put before the Minister. For this reason, the recommendation to the Minister will be made by the National Security Division, Intelligence Directorate, CBSA at that time.

9.3. Disclosure to client

The CBSA NHQ analyst will conduct any further inquiries that may be necessary and then prepare a recommendation to the Minister. The recommendation will include all supporting documentation. At this juncture, a copy of the recommendation to the Minister and all the supporting documentation (except classified information) will be returned to the CIC for disclosure to the client.

The CIC will deliver these documents by courier with a covering letter as provided in Appendix E. The person must sign the acknowledgment of receipt.

9.4. After disclosure

The CIC should return the following documents to the National Security Division, Intelligence Directorate, CBSA:

- a copy of the letter sent to the client;
- any additional submissions or documents received from the client.

Ce rapport doit être signé par l'agent et acheminé à la Division de la sécurité nationale de la Direction du renseignement de l'ASFC, accompagné des observations écrites du demandeur et de tous les documents à l'appui. On ne doit pas fournir de recommandation à cette étape, étant donné que les responsables de l'administration centrale de l'ASFC effectueront peut-être d'autres enquêtes et obtiendront des renseignements supplémentaires avant que le dossier ne soit porté devant le ministre. C'est donc la Division de la sécurité nationale de la Direction du renseignement de l'ASFC qui se chargera de la recommandation au ministre.

9.3 Divulgarion au client

L'analyste de l'administration centrale de l'ASFC effectuera toute nouvelle enquête, le cas échéant, puis préparera une recommandation au ministre comportant les documents à l'appui. C'est à cette étape qu'une copie de la recommandation au ministre et tous les documents à l'appui (sauf les renseignements confidentiels) seront envoyés au bureau de CIC pour divulgation au client.

Le bureau de CIC fournira ces documents par service de messagerie avec lettre d'accompagnement, tel que prévu à l'Appendice E. La personne doit signer l'accusé de réception.

9.4 Après la divulgation

Le bureau de CIC doit renvoyer les documents suivants à la Division de la sécurité nationale de la Direction du renseignement de l'ASFC :

- une copie de la lettre envoyée au client;
- toutes nouvelles observations ou [tous] documents reçus du client.

9.5. After issuance of Minister's decision

A faxed copy of the Minister's decision will be forwarded to the CIC. Where the decision is positive, the client should be informed that they are not inadmissible on grounds of national security and processing of the application for permanent residence should continue.

Where the decision is negative, the client should be issued a refusal letter and action taken pursuant to section 8.8 above. The refusal letter (see Appendix F) should indicate that the application for permanent residence is refused as the applicant was determined to be inadmissible and the Minister did not grant relief.

Appendix B National interest information sheet

You have asked to be considered by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness for relief under paragraph _____ of Canada's *Immigration and Refugee Protection Act* which reads as follows:

(Insert appropriate paragraph)

You may be exempted from this ground of inadmissibility if the Minister decides that your presence in Canada would not be detrimental to Canada's national interest. The consideration of national interest involves the assessment and balancing of all factors pertaining to your admission to Canada against the stated objectives in Canada's *Immigration and Refugee Protection Act*, as well as Canada's domestic and international interests and obligations.

If you wish to be considered for this exemption, you must prepare a submission along with any supporting documentation that you deem relevant. To assist you in preparing your submission, it is suggested that you address the following:

- Why are you seeking admission to Canada?
- Are there any special circumstances surrounding your application?

9.5 Après l'annonce de la décision du ministre

Une copie de la décision du ministre sera envoyée au bureau de CIC par télécopieur.

Dans le cas d'une décision positive, le client doit être avisé du fait qu'il n'est pas interdit de territoire pour des motifs liés à la sécurité nationale, et le traitement de la demande de résidence permanente doit suivre son cours.

Dans le cas d'une décision négative, une lettre de rejet (voir l'Appendice F) doit être envoyée au client et des mesures doivent être prises conformément à la section 8.8 ci-dessus. La lettre de rejet doit préciser que la demande de résidence permanente soumise par le demandeur est refusée pour cause d'interdiction de territoire et parce que le ministre n'a pas accordé de dispense.

Appendix B Feuille de renseignements sur l'intérêt national

Vous avez demandé que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile examine votre cas relativement à une dispense d'interdiction de territoire, en application de l'alinéa _____ de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada, qui se lit comme suit :

(Insérer le paragraphe approprié)

Le ministre peut vous accorder une dispense d'interdiction de territoire pour ce motif s'il détermine que votre présence au Canada n'est nullement préjudiciable à l'intérêt national. La prise en compte de l'intérêt national comprend l'évaluation et l'importance relative de tous les facteurs rattachés à votre admission au Canada par rapport aux objectifs énoncés dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada, et aux obligations et intérêts du Canada au niveau national et international.

Si vous voulez que votre cas soit examiné relativement à une dispense d'interdiction de territoire, vous devez préparer des observations, accompagnées de tout document que vous jugez pertinent. Pour vous aider, nous vous suggérons de procéder ainsi :

- indiquer les raisons pour lesquelles vous voulez être admis au Canada;
- indiquer les circonstances particulières associées à votre demande;

- Provide evidence that you do not constitute a danger to the public.
- Explain current activities you are involved in (employment, education, family situation, involvement in the community, etc.).

If the ground of inadmissibility involves membership in a regime or organization, explain the purpose of the organization, your role in the organization and activities in which you were involved. You must provide extensive detail and be very thorough in explaining this, including dates, locations and impact of these activities. When and for how long were you a member? Did these activities involve violence? If you are claiming to no longer be a member of this regime or organization, you must provide evidence.

Explain when and why you disassociated yourself from the regime/organization and whether you are still involved with persons who are members of the regime/organization. Lastly, explain your current attitude towards this regime/organization, its goals and objectives and how you feel about the means it has chosen to achieve its objectives.

Your submission need not be restricted to the above. You may provide any information and documents that you think may strengthen your request for an exemption.

Your submission, in English or French, should be provided to the local immigration office within 15 days. If we do not receive your submissions, your request for relief may be considered abandoned.

An officer will review your request, seek any required clarification and forward it to our National Headquarters with a report. National Headquarters will review the matter and make a recommendation to the Minister. You will be provided an opportunity to review the recommendation for any errors or omissions prior to it being referred to the Minister.

Appendix D Preparing the request for relief report

A request to the Minister should consist of three parts:

1. The client's submission and all supporting documentation;

- fournir les éléments de preuve que vous ne constituez pas un danger pour le public;
- décrire vos activités actuelles (emploi, études, situation familiale, engagement au sein de la collectivité, etc.).

Si le motif de l'interdiction de territoire implique l'adhésion à une organisation ou un régime, expliquer la raison d'être de celui-ci, ainsi que le rôle que vous y avez joué et les activités auxquelles vous avez participé. Étayer votre demande de nombreux détails et d'explications très précises, y compris les dates, les lieux et les implications de ces activités. Quand avez-vous été membre de l'organisation ou du régime et pendant combien de temps? Ces activités comportaient-elles de la violence? Si vous affirmez ne plus être membre de cette organisation ou ce régime, fournir des preuves.

Expliquer à quel moment et pour quelle raison vous vous êtes dissocié de cette organisation ou ce régime et si vous entretenez encore des liens avec des personnes qui en sont membres. Enfin, expliquer votre attitude actuelle à l'égard de cette organisation ou ce régime, ses objectifs et votre point de vue sur les moyens qu'il utilise pour les atteindre.

Il n'est pas nécessaire de vous limiter aux éléments décrits ci-dessus. Vous pouvez fournir tout renseignement et document qui, selon vous, pourront appuyer votre demande de dispense.

Vous devez acheminer vos observations, en français ou en anglais, au bureau d'immigration local d'ici 15 jours. Si vous n'envoyez pas d'observations, nous pourrions conclure au désistement de votre demande de dispense.

Un agent examinera votre demande et tentera d'obtenir les précisions nécessaires; il la transmettra à notre administration centrale, avec un rapport, et celle-ci examinera l'affaire et préparera une recommandation pour le ministre. Vous aurez la possibilité d'examiner la recommandation en cas d'erreurs ou d'omissions avant qu'elle soit envoyée au ministre.

Appendice D Préparation du rapport de demande de dispense

La demande au ministre doit comprendre trois parties :

1. les observations du client et les documents à l'appui;

2. A report prepared by the officer addressing the applicant's current situation with respect to the ground of inadmissibility and any exceptional circumstances to be taken into account. This includes:
- details of the immigration application;
 - basis for refugee protection, if applicable;
 - other grounds of inadmissibility, if applicable;
 - activities while in Canada;
 - details of family in Canada or abroad;
 - any Canadian interest;
 - any personal or exceptional circumstances to be considered.
3. A recommendation to the Minister prepared by the CBSA, NHQ. . . .

Appendix E Final disclosure letter

(Insert letterhead)

Our ref:

(Insert address)

Dear:

This is further [to] your request to seek relief under the national interest provisions of Canada's immigration legislation.

You will find attached a copy of releasable information* on this matter that will be presented to the Minister. This consists of:

- a report with relevant documents from the immigration office handling your file;
- a recommendation from the President, Canada Border Services Agency, to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness;
- *(other documents as applicable).*

2. un rapport préparé par l'agent sur la situation actuelle du demandeur relativement au motif d'interdiction de territoire et toutes circonstances personnelles ou exceptionnelles à prendre en considération. Ce rapport comprend :
- les détails de la demande d'immigration;
 - les raisons justifiant l'asile, le cas échéant;
 - les autres raisons justifiant l'interdiction de territoire, le cas échéant;
 - les activités du requérant pendant son séjour au Canada;
 - des détails sur la famille, qu'elle soit au Canada ou à l'étranger;
 - tout intérêt canadien;
 - toutes circonstances exceptionnelles à prendre en considération.
3. une recommandation au ministre préparée par l'administration centrale de l'ASFC. . . .

Appendix E Lettre finale de communication d'information

(Insérer l'en-tête de lettre)

Notre référence :

(Insérer l'adresse)

Madame, Monsieur,

La présente fait suite à votre demande de dispense en vertu des dispositions sur l'intérêt national de la législation du Canada sur l'immigration.

Vous trouverez ci-joint une copie des renseignements communicables* au sujet de cette affaire, qui seront présentés au ministre pour examen. Ces renseignements sont les suivants :

- un rapport, accompagné des documents pertinents, en provenance du bureau de l'immigration qui a traité votre dossier;
- une recommandation du président de l'Agence des services frontaliers du Canada au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile;
- *(d'autres documents, le cas échéant).*

Your original submission and supporting documentation, which are not attached to this letter, will also be presented to the Minister.

The Canada Border Services Agency is prepared to present this matter to the Minister for a decision. However, before doing so, we invite you to review these documents and provide us with any further comments you deem necessary. These comments will be included for consideration by the Minister.

We would request that your comments be provided to this office within 15 days. Should we not receive any comments from you by that time, we will proceed to put the matter before the Minister.

Sincerely,

* Confidential information cannot be disclosed if the disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person.

Appendix F Refusal letter (Application for permanent residence refused based on A34, A35 or A37; request for ministerial relief denied)

(Insert letterhead)

Our ref:

(Insert address)

Dear:

This refers to your application for permanent residence. A letter dated *(insert date)* was sent to you inviting you to respond to concerns about your admissibility. The information you provided *(in your letter of ___ or at the interview on ___)* has been carefully reviewed together with all other information in your application.

It appears that you are a person described in section (34, 35 or 37) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. I have come to the conclusion that you are inadmissible to Canada based on *(provide details concerning individual circumstances as they relate to the finding of inadmissibility. Exact content may be developed in consultation with NHQ)*.

Vos observations ainsi que les documents à l'appui (qui ne sont pas joints à la présente lettre) seront présentés au ministre.

L'Agence des services frontaliers du Canada est prête à présenter l'affaire au ministre pour une décision. Toutefois, nous vous invitons d'abord à examiner ces documents et à nous fournir tout commentaire additionnel que vous jugez nécessaire. Ces commentaires seront inclus dans le dossier qui sera présenté au ministre pour examen.

Nous vous demandons de faire parvenir vos commentaires à notre bureau d'ici 15 jours. Si nous n'avons rien reçu durant cette période, nous présenterons l'affaire au ministre.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

* Des renseignements confidentiels ne peuvent être communiqués si leur divulgation porte atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Appendice F Lettre de refus (Refus de résidence permanente en vertu du L34, du L35 ou du L37 et refus de dispense ministérielle)

(Insérer l'en-tête de lettre)

Notre référence :

(Insérer l'adresse)

Madame, Monsieur,

La présente fait suite à votre demande de résidence permanente. Nous vous avons envoyé une lettre en date du *(insérer la date)* _____ vous invitant à répondre à nos préoccupations concernant votre interdiction de territoire.

Les renseignements que vous nous avez fournis *(dans votre lettre du _____ ou à l'entrevue du _____)*, ainsi que ceux contenus dans votre demande ont été examinés attentivement. Il semble que vous soyez une personne visée à l'article (34, 35 ou 37) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. J'ai déterminé que vous êtes interdit de territoire au Canada parce que *(fournir des détails sur la situation personnelle du requérant en relation avec le motif d'interdiction de territoire — le contenu exact peut être rédigé en consultation avec l'AC)*.

When client has requested ministerial relief and the Minister has not granted relief, officers should insert the following paragraph:

Furthermore, you have not satisfied the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness that your presence in Canada would not be detrimental to the national interest. As a result, your application for permanent residence is refused.

Sincerely,

[Text in italics in original.]

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener Ahmad Daud Maqsudi: Leigh Salsberg, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council for Refugees and the Canadian Association of Refugee Lawyers: Simcoe Chambers, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Arab Federation and the Canadian Tamil Congress: Jackman Nazami & Associates, Toronto.

Lorsque le client demande une dispense ministérielle et que le ministre ne la lui accorde pas, l'agent doit insérer le paragraphe suivant :

De plus, vous n'avez pas convaincu la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada que votre présence au Canada ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national. En conséquence, votre demande de résidence permanente au Canada est rejetée.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

[En italique dans l'original.]

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant Ahmad Daud Maqsudi : Leigh Salsberg, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Simcoe Chambers, Toronto; Bureau du droit des réfugiés, Toronto.

Procureurs des intervenants la Fédération canado-arabe et le Congrès tamoul canadien : Jackman Nazami & Associates, Toronto.

Sable Offshore Energy Inc., as agent for and on behalf of the Working Interest Owners of the Sable Offshore Energy Project, ExxonMobil Canada Properties, Shell Canada Limited, Imperial Oil Resources, Mosbacher Operating Ltd., Pengrowth Corporation and ExxonMobil Canada Properties, as operator of the Sable Offshore Energy Project *Appellants*

v.

Ameron International Corporation, Ameron B.V., Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc. *Respondents*

INDEXED AS: SABLE OFFSHORE ENERGY INC. v. AMERON INTERNATIONAL CORP.

2013 SCC 37

File No.: 34678.

2013: March 25; 2013: June 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Civil Procedure — Access to justice — Disclosure — Privilege — Promoting Settlement — Settlement privilege — Scope of protection offered by settlement privilege — Appellants entering into Pierringer Agreements with some defendants to multi-party litigation — Non-settling defendants seeking disclosure of amount of settlements prior to trial — Whether amounts of negotiated settlements protected by settlement privilege.

Sable Offshore Energy Inc. sued a number of defendants who had supplied it with paint intended to prevent corrosion of Sable's offshore structures and onshore facilities. Sable also sued several contractors and applicators who had prepared surfaces and

Sable Offshore Energy Inc., mandataire des détenteurs d'une participation de concessionnaire dans le Projet énergétique extracôtier Sable, ExxonMobil Canada Properties, Shell Canada Limited, Imperial Oil Resources, Mosbacher Operating Ltd., Pengrowth Corporation et ExxonMobil Canada Properties, exploitante du Projet énergétique extracôtier Sable *Appelantes*

c.

Ameron International Corporation, Ameron B.V., Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : SABLE OFFSHORE ENERGY INC. c. AMERON INTERNATIONAL CORP.

2013 CSC 37

N° du greffe : 34678.

2013 : 25 mars; 2013 : 21 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Procédure civile — Accès à la justice — Divulgence — Privilège — Incitation au règlement — Privilège relatif aux règlements — Portée de la protection offerte par le privilège relatif aux règlements — Ententes de type Pierringer conclues entre les appelantes et quelques défenderesses dans un litige faisant intervenir plusieurs parties — Défenderesses non parties aux règlements cherchant à connaître avant le procès les sommes convenues aux règlements — Les sommes négociées aux ententes sont-elles protégées par le privilège relatif aux règlements?

Sable Offshore Energy Inc. a poursuivi plusieurs défenderesses qui lui avaient fourni de la peinture qui devait prévenir la corrosion des installations extracôtières et installations terrestres de traitement du gaz de Sable. Sable a également poursuivi plusieurs entrepreneurs et

applied the paint. The paint allegedly failed to prevent corrosion. Sable entered into Pierringer Agreements with some of the defendants, allowing those defendants to withdraw from the litigation while permitting Sable's claims against the non-settling defendants to continue. Pierringer Agreements allow one or more defendants in a multi-party proceeding to settle with the plaintiff, leaving the remaining defendants responsible only for the loss they actually caused. All of the terms of those agreements were disclosed to the remaining defendants with the exception of the amounts the parties settled for. The remaining defendants sought disclosure of the settlement amounts.

The trial judge dismissed the application seeking disclosure of the settlement amounts, concluding they were covered by settlement privilege. The Court of Appeal overturned that decision and ordered the amounts disclosed.

Held: The appeal should be allowed.

The purpose of settlement privilege is to promote settlement. Settlements allow parties to reach a mutually acceptable resolution to their dispute without prolonging the personal and public expense and time involved in litigation. Settlement privilege protects the efforts parties make to settle their disputes by ensuring that communications made in the course of those negotiations are inadmissible. The protection is for settlement *negotiations*, whether or not a settlement is reached. That means that successful negotiations are entitled to no less protection than ones that yield no settlement. Since the negotiated amount is a key component of the content of successful negotiations, reflecting the admissions, offers, and compromises made in the course of negotiations, it too is protected by the privilege.

As with other class privileges, there are exceptions. To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement.

The non-settling defendants have received all the non-financial terms of the Pierringer Agreements. They have access to all the relevant documents and other evidence that was in the settling defendants' possession. They also have the assurance that they will not be held liable for more than their share of damages. As for any concern that the non-settling defendants will be required to pay more

poseurs qui avaient préparé les surfaces et appliqué la peinture. La peinture n'aurait pas prévenu la corrosion. Sable a conclu avec certaines des défenderesses des ententes de type Pierringer qui permettent à ces défenderesses de se retirer du litige alors que les actions intentées par Sable contre les autres défenderesses peuvent suivre leur cours. Les ententes de type Pierringer permettent à un ou plusieurs défendeurs dans une instance multipartite de régler à l'amiable avec le demandeur, ce qui laisse les autres défendeurs responsables uniquement des pertes qu'ils ont effectivement causées. Toutes les modalités de ces ententes, à l'exception des sommes convenues, ont été divulguées aux défenderesses qui restent. Ces dernières ont demandé la divulgation de ces sommes.

Le juge de première instance a conclu que les sommes convenues aux règlements étaient protégées par le privilège relatif aux règlements et elle a rejeté la demande de divulgation. La Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné la divulgation des sommes.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le privilège relatif aux règlements vise à favoriser les règlements amiables. Le règlement amiable permet aux parties de résoudre leur différend de façon mutuellement satisfaisante sans faire augmenter le coût et la durée d'une poursuite judiciaire pour les personnes concernées et le public. Le privilège protège les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations. La protection couvre les *négociations* en vue d'un règlement, qu'un règlement intervienne ou non. Par conséquent, les négociations fructueuses doivent bénéficier d'une protection au moins égale à celle des négociations qui n'aboutissent pas à un règlement. Puisque la somme négociée constitue un élément clef du contenu de négociations fructueuses et reflète les admissions, offres et compromis faits au cours des négociations, elle aussi est protégée par le privilège relatif aux règlements.

Comme les autres privilèges génériques, ce privilège souffre d'exceptions. Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, un intérêt public opposé l'emporte sur l'intérêt public à favoriser le règlement.

Toutes les modalités non financières des ententes de type Pierringer ont été communiquées aux défenderesses non parties aux règlements. Ces dernières peuvent consulter tous les documents pertinents et autres éléments de preuve qui étaient en la possession des défenderesses parties aux règlements. Elles ont également reçu l'assurance qu'elles ne seront tenues responsables que de

than their share of damages, it is inherent in Pierringer Agreements that non-settling defendants can only be held liable for their share of the damages and are severally, and not jointly, liable with the settling defendants. The defendants remain fully aware of the claims they must defend themselves against and of the overall amount that Sable is seeking. There is therefore no tangible prejudice created by withholding the amounts of the settlements which can be said to outweigh the public interest in promoting settlements.

Cases Cited

Referred to: *Pierringer v. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (1963); *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225; *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235; *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737; *Cutts v. Head*, [1984] 1 All E.R. 597; *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276; *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Amoco Canada Petroleum Co. v. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185; *Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214; *Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54; *Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783; *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303; *Bioriginal Food & Science Corp. v. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 20.02, 20.06.

Authors Cited

Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Knapp, Peter B. “Keeping the *Pierringer* Promise: Fair Settlements and Fair Trials” (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1.

Vaver, David. ““Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85.

leur part des dommages. Quant à la crainte que les défenderesses non parties aux règlements soient tenues de payer davantage que leur part des dommages, il est de la nature même des ententes de type Pierringer que les défendeurs non parties à ce genre de règlement ne peuvent être tenus responsables que de leur part des dommages et qu’ils sont responsables individuellement, et non solidairement, avec les défendeurs parties au règlement. Ces défenderesses demeurent pleinement conscientes des poursuites contre lesquelles elles doivent se défendre ainsi que de la somme globale que réclame Sable. Par conséquent, on ne peut affirmer qu’un préjudice tangible créé par le fait de ne pas dévoiler les sommes convenues aux ententes l’emporte sur l’intérêt du public à ce que les règlements amiables soient favorisés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Pierringer c. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (1963); *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225; *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235; *Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737; *Cutts c. Head*, [1984] 1 All E.R. 597; *Middelkamp c. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276; *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84; *Amoco Canada Petroleum Co. c. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185; *Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214; *Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54; *Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783; *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303; *Bioriginal Food & Science Corp. c. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII).

Lois et règlements cités

Civil Procedure Rules (Nouvelle-Écosse), règles 20.02, 20.06.

Doctrine et autres documents cités

Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

Knapp, Peter B. « Keeping the *Pierringer* Promise : Fair Settlements and Fair Trials » (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1.

Vaver, David. « “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect » (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Oland and Farrar J.J.A.), 2011 NSCA 121, 310 N.S.R. (2d) 382, 983 A.P.R. 382, 26 C.P.C. (7th) 1, 346 D.L.R. (4th) 68, 12 C.L.R. (4th) 129, [2011] N.S.J. No. 687 (QL), 2011 CarswellNS 893, reversing a decision of Hood J., 2010 NSSC 473, 299 N.S.R. (2d) 216, 947 A.P.R. 216, [2010] N.S.J. No. 713 (QL), 2010 CarswellNS 907. Appeal allowed.

Robert G. Belliveau, Q.C., and Kevin Gibson, for the appellants.

John P. Merrick, Q.C., and Darlene Jamieson, Q.C., for the respondents Ameron International Corporation and Ameron B.V.

Terrence L. S. Teed, Q.C., and Ronald J. Savoy, for the respondents Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The justice system is on a constant quest for ameliorative strategies that reduce litigation's stubbornly endemic delays, expense and stress. In this evolving mission to confront barriers to access to justice, some strategies for resolving disputes have proven to be more enduringly successful than others. Of these, few can claim the tradition of success rightfully attributed to settlements.

[2] The purpose of settlement privilege is to promote settlement. The privilege wraps a protective veil around the efforts parties make to settle their disputes by ensuring that communications made in the course of these negotiations are inadmissible.

[3] Sable Offshore Energy Inc. sued a number of defendants. It settled with some of them. The

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Farrar), 2011 NSCA 121, 310 N.S.R. (2d) 382, 983 A.P.R. 382, 26 C.P.C. (7th) 1, 346 D.L.R. (4th) 68, 12 C.L.R. (4th) 129, [2011] N.S.J. No. 687 (QL), 2011 CarswellNS 893, qui a infirmé une décision de la juge Hood, 2010 NSSC 473, 299 N.S.R. (2d) 216, 947 A.P.R. 216, [2010] N.S.J. No. 713 (QL), 2010 CarswellNS 907. Pourvoi accueilli.

Robert G. Belliveau, c.r., et Kevin Gibson, pour les appelantes.

John P. Merrick, c.r., et Darlene Jamieson, c.r., pour les intimées Ameron International Corporation et Ameron B.V.

Terrence L. S. Teed, c.r., et Ronald J. Savoy, pour les intimées Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le système de justice est toujours en quête de stratégies d'amélioration propres à réduire les délais, les coûts et le stress obstinément endémiques dans la conduite des litiges. Dans cette mission en évolution en vue d'affronter les obstacles à l'accès à la justice, certaines stratégies de règlement des différends se sont avérées plus durablement efficaces que d'autres. Peu d'entre elles peuvent toutefois prétendre à la tradition de succès que l'on attribue avec raison aux règlements amiables.

[2] Le privilège relatif aux règlements vise à favoriser les règlements amiables. Ce privilège entoure d'un voile protecteur les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations.

[3] Sable Offshore Energy Inc. a poursuivi plusieurs défenderesses et réglé à l'amiable avec

remaining defendants want to know what amounts the parties settled for. The question before us is whether those negotiated amounts should be disclosed or whether they are protected by settlement privilege.

Background

[4] Sable undertook the Sable Offshore Energy Project, whose purpose was the building of several offshore structures and onshore gas processing facilities in Nova Scotia. Ameron International Corporation and Ameron B.V. (Ameron) and Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc. (collectively Amercoat) supplied Sable with paint for parts of the Sable structures. Sable brought three lawsuits alleging that the paint failed to prevent corrosion.

[5] In the lawsuit that is the subject of this appeal, Sable sued Ameron, Amercoat, and 12 other contractors and applicators who were responsible for preparing surfaces and applying the paint coatings. The claims against Ameron and Amercoat were for negligence, negligent misrepresentation and breach of a collateral warranty. The claims against the other defendants were similar.

[6] Sable entered into three Pierringer Agreements with some of the defendants. Named for the 1963 Wisconsin case of *Pierringer v. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (Wis. 1963), a Pierringer Agreement allows one or more defendants in a multi-party proceeding to settle with the plaintiff and withdraw from the litigation, leaving the remaining defendants responsible only for the loss they actually caused. There is no joint liability with the settling defendants, but non-settling defendants may be jointly liable with each other.

certaines d'entre elles. Les autres défenderesses veulent connaître les sommes sur lesquelles les parties se sont entendues. Nous avons à décider si ces sommes négociées doivent être divulguées ou si elles sont protégées par le privilège relatif aux règlements.

Contexte

[4] Sable a entrepris le Projet énergétique extracôtier Sable en vue de la construction de plusieurs installations extracôtières et installations terrestres de traitement du gaz en Nouvelle-Écosse. Ameron International Corporation et Ameron B.V. (Ameron) de même que Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc. (collectivement appelées Amercoat) ont fourni à Sable de la peinture pour peindre des sections de ses installations. Sable a engagé trois poursuites dans lesquelles elle prétend que la peinture n'a pas prévenu la corrosion.

[5] Sable a intenté la poursuite faisant l'objet du présent pourvoi contre Ameron, Amercoat et 12 autres entrepreneurs et poseurs chargés de préparer les surfaces et d'appliquer les couches de peinture. Sable a poursuivi Ameron et Amercoat pour négligence, déclaration inexacte faite par négligence et violation d'une garantie accessoire. Les actions visant les autres défenderesses étaient similaires.

[6] Sable a conclu trois ententes de type Pierringer avec certaines des défenderesses. Nommée ainsi en raison de la décision rendue au Wisconsin en 1963 dans l'affaire *Pierringer c. Hoger*, 124 N.W.2d 106 (Wis. 1963), l'entente de type Pierringer permet à un ou à plusieurs défendeurs dans une instance multipartite de régler à l'amiable avec le demandeur et de se retirer du litige, et les autres défendeurs sont responsables uniquement des pertes qu'ils ont effectivement causées. Les défendeurs qui restent ne partagent pas la responsabilité avec ceux qui sont parties à un règlement amiable, mais ils peuvent être tenus conjointement responsables les uns avec les autres.

[7] As part of the terms of the Agreements, Sable agreed to amend its statement of claim against the non-settling defendants to pursue them only for their share of liability. In addition, all the relevant evidence in the possession of the settling defendants, would, in accordance with the Agreements, be given to the Plaintiffs and be discoverable by the non-settling defendants.

[8] Ameron and Amercoat did not settle. All the terms of the Pierringer Agreements were disclosed to Ameron and Amercoat except the amounts agreed to.

[9] These settlement agreements were approved by court order on April 27, 2010. On December 3, 2010, Ameron filed an application pursuant to Rules 20.02 and 20.06 of Nova Scotia's 1972 *Civil Procedure Rules* (which the parties previously agreed would govern the litigation) for disclosure of the settlement amounts paid under the Pierringer Agreements. Sable's position was that the amounts were subject to settlement privilege.

[10] Hood J. dismissed the defendants' application for disclosure of the settlement amounts. She concluded that the public interest was best served by preserving settlement privilege and keeping the settlement amounts confidential. The Court of Appeal overturned that decision and ordered the amounts disclosed.

Analysis

[11] Settlements allow parties to reach a mutually acceptable resolution to their dispute without prolonging the personal and public expense and time involved in litigation. The benefits of settlement were summarized by Callaghan A.C.J.H.C. in *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225 (H.C.J.):

[7] Aux termes des ententes, Sable a convenu de modifier sa déclaration à l'encontre des défenderesses non parties aux règlements afin de les poursuivre uniquement pour leur part de la responsabilité. En outre, conformément aux ententes, tous les éléments de preuve pertinents que possèdent les défenderesses parties aux règlements amiables doivent être remis aux demanderesses et peuvent faire l'objet d'une enquête préalable par les autres défenderesses.

[8] Ameron et Amercoat n'ont pas réglé à l'amiable. Toutes les modalités des ententes de type Pierringer leur ont été divulguées à l'exception des sommes convenues.

[9] Ces ententes portant règlement ont été approuvées par ordonnance judiciaire le 27 avril 2010. Le 3 décembre 2010, Ameron a demandé, en application des art. 20.02 et 20.06 des *Civil Procedure Rules* de 1972 de la Nouvelle-Écosse (qui régissent le litige tel que convenu auparavant par les parties), la communication des sommes convenues aux ententes de type Pierringer. Sable a soutenu que les sommes devaient rester assujetties au privilège relatif aux règlements.

[10] La juge Hood a rejeté la demande des défenderesses visant à obtenir communication des sommes convenues aux ententes. Selon elle, l'intérêt public est mieux servi si l'on préserve le privilège relatif aux règlements et l'on assure la confidentialité de ces sommes. La Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné la communication des sommes.

Analyse

[11] Le règlement amiable permet aux parties de résoudre leur différend de façon mutuellement satisfaisante sans faire augmenter le coût et la durée d'une poursuite judiciaire pour les personnes concernées et le public. Le juge en chef adjoint Callaghan a résumé ainsi les avantages du règlement amiable dans *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225 (H.C.J.):

. . . the courts consistently favour the settlement of lawsuits in general. To put it another way, there is an overriding public interest in favour of settlement. This policy promotes the interests of litigants generally by saving them the expense of trial of disputed issues, and it reduces the strain upon an already overburdened provincial court system. [p. 230]

This observation was cited with approval in *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235, at p. 259, where L’Heureux-Dubé J. acknowledged that promoting settlement was “sound judicial policy” that “contributes to the effective administration of justice”.

[12] Settlement privilege promotes settlements. As the weight of the jurisprudence confirms, it is a class privilege. As with other class privileges, while there is a *prima facie* presumption of inadmissibility, exceptions will be found “when the justice of the case requires it” (*Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), at p. 740).

[13] Settlement negotiations have long been protected by the common law rule that “without prejudice” communications made in the course of such negotiations are inadmissible (see David Vaver, “‘Without Prejudice’ Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, at p. 88). The settlement privilege created by the “without prejudice” rule was based on the understanding that parties will be more likely to settle if they have confidence from the outset that their negotiations will not be disclosed. As Oliver L.J. of the English Court of Appeal explained in *Cutts v. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, at p. 605:

. . . parties should be encouraged so far as possible to settle their disputes without resort to litigation and should not be discouraged by the knowledge that anything that is said in the course of such negotiations . . . may be used

[TRADUCTION] . . . en général, les tribunaux préfèrent sans exception les règlements amiables. En d’autres termes, il existe un intérêt public prépondérant à ce que les parties en viennent à un règlement. Il s’agit là d’un principe qui sert généralement les intérêts des parties en ce qu’il leur épargne les frais de l’instruction des questions en litige, tout en réduisant la pression exercée sur un système de tribunaux provinciaux déjà surchargé. [p. 230]

Cette observation a été citée avec approbation dans *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235, p. 259, où la juge L’Heureux-Dubé a reconnu que le fait de favoriser le règlement constituait une « saine politique judiciaire » qui « contribue à l’efficacité de l’administration de la justice ».

[12] Le privilège relatif aux règlements favorise la conclusion de règlements. Comme le confirme l’abondance de la jurisprudence à ce sujet, il s’agit d’un privilège générique. Comme pour les autres privilèges génériques, il bénéficie d’une présomption *prima facie* d’inadmissibilité, mais cette présomption souffre d’exceptions [TRADUCTION] « quand les considérations de justice que pose l’espèce le requièrent » (*Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), p. 740).

[13] Les négociations en vue d’un règlement sont protégées depuis longtemps par la règle de la common law suivant laquelle sont inadmissibles les communications faites [TRADUCTION] « sous toutes réserves » au cours de ces négociations (voir David Vaver, « “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect » (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, p. 88). Le privilège relatif aux règlements qui découle de la règle des communications faites « sous toutes réserves » reposait sur l’idée que les parties seront davantage susceptibles de parvenir à un règlement si elles sont confiantes dès le départ que le contenu de leurs négociations ne sera pas divulgué. Comme l’a expliqué le lord juge Oliver, de la Cour d’appel d’Angleterre, dans *Cutts c. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, p. 605 :

[TRADUCTION] . . . il faut encourager dans toute la mesure du possible les parties à résoudre leurs différends sans recourir aux tribunaux, et elles ne doivent pas être dissuadées de le faire parce qu’elles savent que tout ce

to their prejudice in the course of the proceedings. They should, as it was expressed by Clauson J in *Scott Paper Co v. Drayton Paper Works Ltd* (1927) 44 RPC 151 at 157, be encouraged freely and frankly to put their cards on the table.

What is said during negotiations, in other words, will be more open, and therefore more fruitful, if the parties know that it cannot be subsequently disclosed.

[14] *Rush & Tompkins* confirmed that settlement privilege extends beyond documents and communications expressly designated to be “without prejudice”. In that case, a contractor settled its action against one defendant, the Greater London Council (the GLC), while maintaining it against the other defendant, the Carey contractors. The House of Lords considered whether communications made in the process of negotiating the settlement with the GLC should be admissible in the ongoing litigation with the Carey contractors. Lord Griffiths reached two conclusions of significance for this case. First, although the privilege is often referred to as the rule about “without prejudice” communications, those precise words are not required to invoke the privilege. What matters instead is the intent of the parties to settle the action (p. 739). Any negotiations undertaken with this purpose are inadmissible.

[15] Lord Griffiths’ second relevant conclusion was that although most cases considering the “without prejudice” rule have dealt with the admissibility of communications once negotiations have failed, the rationale of promoting settlement is no less applicable if an agreement is actually reached. Lord Griffiths explained that a plaintiff in *Rush & Tompkins*’ situation would be discouraged from settling with one defendant if any admissions it made during the course of its negotiations were admissible in its claim against the other:

qui se dit au cours des négociations [. . .] peut être utilisé à leur détriment au cours de l’instance. Comme l’a dit le juge Clauson dans *Scott Paper Co c. Drayton Paper Works Ltd* (1927), 44 RPC 151, p. 157, il faut encourager librement et franchement les parties à jouer cartes sur table.

En d’autres termes, les discussions tenues lors des négociations seront plus transparentes et donneront par le fait même de meilleurs résultats si les parties savent que leur contenu ne pourra pas être dévoilé par la suite.

[14] L’arrêt *Rush & Tompkins* confirme que le privilège relatif aux règlements ne vise pas que les documents et communications expressément qualifiés par les mots « sous toutes réserves ». Dans cette affaire, un entrepreneur a réglé à l’amiable l’action qu’il avait intentée contre l’un des défendeurs, le Greater London Council (le GLC), tout en continuant de poursuivre l’autre défendeur, les entrepreneurs Carey. La Chambre des lords s’est demandée si les communications échangées au cours des négociations du règlement intervenu avec le GLC devraient être admissibles en preuve dans la poursuite en cours contre les entrepreneurs Carey. Le lord juge Griffiths a tiré deux conclusions importantes pour la présente affaire. Tout d’abord, bien que le privilège soit souvent appelé la règle des communications faites « sous toutes réserves », point n’est besoin d’employer ces termes exacts pour l’invoquer. Ce qui compte plutôt, c’est l’intention des parties de régler l’action (p. 739). Le contenu de toute négociation entreprise à cette fin est inadmissible en preuve.

[15] Selon la deuxième conclusion pertinente du lord juge Griffiths, même si la plupart des décisions dans lesquelles on a examiné la règle des communications faites « sous toutes réserves » portent sur l’admissibilité en preuve de ces communications après l’échec des négociations, la raison d’être de l’incitation au règlement amiable vaut tout autant si une entente est effectivement intervenue. Le lord juge Griffiths a précisé qu’un demandeur se trouvant dans la situation de *Rush & Tompkins* serait dissuadé de régler à l’amiable avec un défendeur si toutes les admissions qu’il faisait durant les négociations étaient admissibles en preuve dans sa poursuite visant l’autre défendeur :

In such circumstances it would, I think, place a serious fetter on negotiations . . . if they knew that everything that passed between them would ultimately have to be revealed to the one obdurate litigant. [p. 744]

[16] *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276 (C.A.), subsequently endorsed the view that settlement privilege covers any settlement negotiations. The plaintiff James Middelkamp launched a civil suit against Fraser Valley Real Estate Board claiming that it had engaged in practices that were contrary to the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, and caused him to suffer damages. He also complained about the Board's conduct to the Director of Investigation and Research under different provisions of the *Act*, resulting in an investigation by the Director and criminal charges against the Board. The Board negotiated a settlement with the Department of Justice, leading to the criminal charges being resolved. Middelkamp sought disclosure of any communications made during the course of negotiations between the Board and the Department of Justice. McEachern C.J.B.C. refused to order disclosure of the communications on the basis of settlement privilege, explaining:

. . . the public interest in the settlement of disputes generally requires “without prejudice” documents or communications created for, or communicated in the course of, settlement negotiations to be privileged. I would classify this as a “‘blanket’, *prima facie*, common law, or ‘class’” privilege because it arises from settlement negotiations and protects the class of communications exchanged in the course of that worthwhile endeavour.

In my judgment this privilege protects documents and communications created for such purposes both from production to other parties to the negotiations and to strangers, and extends as well to admissibility, *and whether or not a settlement is reached*. This is because, as I have said, a party communicating a proposal related to settlement, or responding to one, usually has no control over what the other side may do with such

[TRADUCTION] Dans les circonstances, j'estime que, [. . .] si les parties savaient qu'il leur faudrait en fin de compte divulguer toutes leurs communications à la partie inflexible, cela entraverait sérieusement les négociations. [p. 744]

[16] L'opinion selon laquelle le privilège relatif aux règlements s'applique à toute négociation en vue d'un règlement a été acceptée par la suite dans *Middelkamp c. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 276 (C.A.). Le demandeur, James Middelkamp, a exercé un recours au civil contre le Fraser Valley Real Estate Board (la chambre immobilière), prétendant que cette dernière s'était livrée, à son détriment, à des pratiques contraires à la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34. Il s'est également plaint de la conduite de la chambre immobilière au directeur des enquêtes et recherches en vertu de dispositions différentes de cette *Loi*, ce qui a mené à une enquête du directeur et au dépôt d'accusations criminelles contre la chambre immobilière. Cette dernière a négocié avec le ministère de la Justice le règlement des accusations criminelles, et ces négociations ont porté fruit. M. Middelkamp a demandé la divulgation de toutes les communications échangées au cours des négociations entre la chambre immobilière et le ministère de la Justice. Le juge en chef McEachern a expliqué en ces termes son refus d'ordonner la divulgation des communications en raison du privilège relatif aux règlements :

[TRADUCTION] . . . l'intérêt que porte le public au règlement des différends requiert généralement que les documents créés et les communications échangées « sous toutes réserves » au cours de négociations en vue d'un règlement restent assujettis au privilège. Je qualifierais ce privilège de « “général”, *prima facie*, de la common law, ou “générique” », parce qu'il découle des négociations en vue d'un règlement et protège la catégorie des communications échangées durant cette initiative valable.

À mon sens, ce privilège empêche que les documents créés et les communications échangées en vue d'un règlement soient divulgués tant aux autres parties aux négociations qu'aux tiers, et il touche également l'admissibilité de la preuve, *qu'un règlement intervienne ou non*. Il en est ainsi parce que, comme je l'ai déjà dit, une partie qui présente une proposition de règlement amiable ou qui répond à une telle proposition n'exerce habituellement

documents. Without such protection, the public interest in encouraging settlements will not be served. [Emphasis added; paras. 19-20.]

[17] As McEachern C.J.B.C. pointed out, the protection is for settlement negotiations, whether or not a settlement is reached. That means that successful negotiations are entitled to no less protection than ones that yield no settlement. The reasoning in *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, is instructive. A plaintiff brought separate claims against two defendants for unrelated injuries to the same knee. She settled with one defendant and the Court of Appeal had to consider whether the trial judge was right to order disclosure of the amount of the settlement to the remaining defendant. Bryson J.A. found that disclosure should not have been ordered since a principled approach to settlement privilege did not justify a distinction between settlement negotiations and what was ultimately negotiated:

Some of the cases distinguish between extending privilege from negotiations to the concluded agreement itself. . . . *The distinction . . . is arbitrary.* The reasons for protecting settlement communications from disclosure are not usually spent when a deal is made. *Typically parties no more wish to disclose to the world the terms of their agreement than their negotiations in achieving it.* [Emphasis added; para. 41.]

Notably, this is the view taken in Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), where the authors conclude:

. . . the privilege applies not only to failed negotiations, but also to the *content of successful negotiations*, so long as the existence or interpretation of the agreement itself is not in issue in the subsequent proceedings and

aucun contrôle sur l'utilisation que peut faire la partie adverse des documents en question. Écarter cette protection serait contraire à l'intérêt public qui favorise les règlements amiables. [Italiques ajoutés; par. 19-20.]

[17] Comme l'a souligné le juge en chef McEachern, le privilège protège les négociations en vue d'un règlement, qu'un règlement intervienne ou non. Par conséquent, les négociations fructueuses doivent bénéficier d'une protection au moins égale à celle des négociations qui n'aboutissent pas à un règlement. Le raisonnement adopté dans *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, 302 N.S.R. (2d) 84, est révélateur. La demanderesse a intenté des poursuites distinctes contre un défendeur et une défenderesse pour des blessures différentes subies au même genou. Elle a conclu un règlement amiable avec le défendeur et la Cour d'appel devait décider si le juge du procès avait eu raison d'ordonner que la somme convenue au règlement soit communiquée à la défenderesse dans l'autre poursuite. Le juge Bryson a conclu que la communication n'aurait pas dû être ordonnée puisqu'une analyse du privilège relatif aux règlements fondée sur des principes ne justifiait pas que l'on établisse une distinction entre les *négociations* en vue d'un règlement et l'entente finalement négociée :

[TRADUCTION] Certaines décisions font une distinction entre l'application du privilège aux négociations et son application à l'entente elle-même. [. . .] *La distinction [. . .] est arbitraire.* Les raisons pour lesquelles on met les communications en vue d'un règlement à l'abri de leur divulgation ne deviennent généralement pas caduques à la conclusion d'une entente. *D'habitude, les parties ne sont pas plus disposées à dévoiler publiquement les modalités de leur entente que le contenu des négociations ayant abouti à celle-ci.* [Italiques ajoutés; par. 41.]

Il convient de signaler que c'est le point de vue retenu par Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3^e éd. 2009), où ils concluent :

[TRADUCTION] . . . le privilège s'applique non seulement aux négociations qui ont échoué, mais également au *contenu des négociations fructueuses*, dès lors que l'existence ou l'interprétation de l'entente elle-même ne

none of the exceptions are applicable. [Emphasis added; §14.341.]

[18] Since the negotiated amount is a key component of the “content of successful negotiations”, reflecting the admissions, offers, and compromises made in the course of negotiations, it too is protected by the privilege. I am aware that some earlier jurisprudence did not extend the privilege to the concluded agreement (see *Amoco Canada Petroleum Co. v. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185, at para. 40, citing *Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214 (Q.B.)), but in my respectful view, it is better to adopt an approach that more robustly promotes settlement by including its content.

[19] There are, inevitably, exceptions to the privilege. To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, “a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement” (*Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, at para. 20). These countervailing interests have been found to include allegations of misrepresentation, fraud or undue influence (*Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A. Civ. Div.), *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (Div. Ct.)), and preventing a plaintiff from being overcompensated (*Dos Santos*).

[20] The non-settling defendants argue that there should be an exception to the privilege for the amounts of the settlements because they say they need this information to conduct their litigation. I see no tangible prejudice created by withholding the amounts of the settlements which can be said to outweigh the public interest in promoting settlements.

[21] The particular settlements negotiated in this case are known as Pierringer Agreements. Pierringer Agreements were developed in the United States to address the obstacles to settlement that arose in multi-party litigation. Professor Peter B. Knapp

sont pas en jeu dans l’instance subséquente et qu’aucune des exceptions au privilège ne s’applique. [Italiques ajoutés; §14.341.]

[18] Puisque la somme négociée constitue un élément clef du « contenu de négociations fructueuses », et reflète les admissions, offres et compromis faits au cours des négociations, elle est elle aussi protégée par le privilège. Je sais que dans certaines décisions plus anciennes, les tribunaux n’ont pas appliqué le privilège à l’entente (voir *Amoco Canada Petroleum Co. c. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110, 281 A.R. 185, par. 40, citant *Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Wright* (1997), 120 Man. R. (2d) 214 (B.R.)), mais il vaut mieux à mon avis adopter une approche qui favorise avec plus de vigueur le règlement amiable en en protégeant le contenu.

[19] Le privilège souffre inévitablement d’exceptions. Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, [TRADUCTION] « un intérêt public opposé l’emporte sur l’intérêt public à favoriser le règlement amiable » (*Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, par. 20). On a retenu parmi ces intérêts opposés les allégations de déclaration inexacte, la fraude ou l’abus d’influence (*Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A. div. civ.), *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (C. div.)), et la prévention de la surindemnisation du demandeur (*Dos Santos*).

[20] Les défenderesses non parties aux règlements amiables soutiennent que les sommes convenues aux ententes devraient faire l’objet d’une exception au privilège parce qu’elles disent avoir besoin de ces renseignements pour la conduite de leur litige. Je ne vois, dans le fait de ne pas dévoiler les sommes convenues aux ententes, aucun préjudice tangible qui l’emporte sur l’intérêt du public à ce que les règlements amiables soient favorisés.

[21] Les ententes particulières négociées en l’espèce sont dites des ententes de type Pierringer. L’entente de type Pierringer a été conçue aux États-Unis pour surmonter les obstacles au règlement amiable qui se dressent dans les litiges faisant

summarized the value — and complexity — of trying to settle multi-party litigation as follows:

Settlement of complicated multi-defendant civil litigation is particularly valuable, because complicated civil trials can consume enormous amounts of a judge's time and can be expensive for the parties. However, settling multi-defendant civil litigation can be especially difficult. Different defendants have different tolerances for risk, and some defendants are simply far less willing to settle than others.

(“Keeping the *Pierringer* Promise: Fair Settlements and Fair Trials” (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1, at p. 5)

[22] Professor Knapp also explained why, prior to *Pierringer* Agreements, settlements had been difficult to encourage:

On one hand, a plaintiff contemplating settlement with one of several defendants faced the possibility that release of the one defendant would also extinguish all claims against the nonsettling defendants. On the other hand, in jurisdictions which permitted contribution among joint tortfeasors, a settling defendant faced the possibility of post-settlement contribution claims made by the nonsettling defendants. [pp. 6-7]

[23] In the United States, *Pierringer* Agreements were found to significantly attenuate the obstacles in the way of negotiating settlements in multi-party litigation. Under a *Pierringer* Agreement, the plaintiff's claim was only “extinguished” against those defendants with whom it settled; the claims against the non-settling defendants continued. The settling defendants, meanwhile, were assured that they could not be subject to a contribution claim from the non-settling defendants, who would be accountable only for their own share of liability at trial.

intervenir plusieurs parties. Le professeur Peter B. Knapp a résumé ainsi la valeur — et la complexité — des efforts déployés pour régler à l'amiable un litige de ce genre :

[TRADUCTION] Le règlement amiable des litiges civils mettant en cause plusieurs défendeurs a une valeur particulièrement grande du fait que le juge peut devoir consacrer énormément de temps à des procès civils qui peuvent s'avérer coûteux pour les parties. Cependant, il est parfois particulièrement difficile de régler à l'amiable un litige de cette nature. La tolérance au risque varie d'un défendeur à l'autre, et certains défendeurs sont tout simplement beaucoup moins disposés que d'autres à régler à l'amiable.

(« Keeping the *Pierringer* Promise : Fair Settlements and Fair Trials » (1994), 20 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1, p. 5)

[22] Le professeur Knapp a aussi expliqué les raisons pour lesquelles il était difficile, avant l'avènement des ententes de type *Pierringer*, d'inciter les parties à en venir à un règlement :

[TRADUCTION] D'une part, le demandeur qui songait à régler à l'amiable avec l'un des défendeurs courait le risque que l'abandon de la poursuite contre ce défendeur éteigne toutes les réclamations à l'égard des défendeurs non parties au règlement. D'autre part, dans les ressorts où les coauteurs du délit pouvaient devoir verser une contribution, le défendeur partie au règlement s'exposait au risque que les autres défendeurs lui réclament une contribution après le règlement. [p. 6-7]

[23] Aux États-Unis, on a estimé que les ententes de type *Pierringer* réduisaient sensiblement les obstacles à la négociation de règlements amiables dans les litiges faisant intervenir plusieurs parties. Aux termes d'une entente de ce genre, l'action du demandeur ne « prend fin » qu'à l'égard des défendeurs avec qui il a réglé à l'amiable; les actions intentées contre les défendeurs non parties au règlement suivent leur cours. Quant aux défendeurs qui sont parties au règlement, ils obtiennent l'assurance qu'ils ne seront pas mis à contribution par les autres défendeurs, et au procès, ces derniers ne devront rendre compte que de leur propre part de la responsabilité.

[24] Pierringer Agreements in Canada built on these American foundations and routinely included additional protections for non-settling defendants, such as requiring that non-settling defendants be given access to the settling defendants' evidence. In this case, for example, the court order approving the settlement required that the plaintiffs get production of all relevant evidence from the settling defendants and make this evidence available to the non-settling defendants on discovery. It also ordered that, with respect to factual matters, there be no restrictions on the non-settling defendants' access to experts retained by the settling defendants. In addition, the Agreements in this case specified that their non-financial terms would be disclosed to the court and non-settling defendants "to the extent required by the laws of the Province of Nova Scotia and the rulings and ethical guidelines promulgated by the Nova Scotia Barristers' Society" (A.R., at pp. 142 and 184).

[25] The non-settling defendants have in fact received all the non-financial terms of the Pierringer Agreements. They have access to all the relevant documents and other evidence that was in the settling defendants' possession. They also have the assurance that they will not be held liable for more than their share of damages. Moreover, Sable agreed that at the end of the trial, once liability had been determined, it would disclose to the trial judge the amounts it settled for. As a result, should the non-settling defendants establish a right to set-off in this case, their liability for damages will be adjusted downwards if necessary to avoid overcompensating the plaintiff.

[26] As for any concern that the non-settling defendants will be required to pay more than their share of damages, it is inherent in Pierringer Agreements that non-settling defendants can only

[24] Au Canada, les ententes de type Pierringer se sont constituées sur ces assises américaines et elles ont prévu couramment d'autres mesures protectrices à l'égard des défendeurs non parties au règlement, comme l'obligation de leur donner accès à la preuve des défendeurs qui sont parties à ce règlement. En l'espèce, par exemple, l'ordonnance par laquelle le tribunal a donné son aval au règlement amiable exigeait que les demanderesse obtiennent communication de toute la preuve pertinente de la part des défenderesses parties aux règlements amiables et qu'elles mettent cette preuve à la disposition des défenderesses non parties au règlement aux fins d'enquête préalable. L'ordonnance accordait aussi à ces défenderesses, en ce qui concerne les questions de fait, la faculté d'avoir recours sans restriction aux experts retenus par les défenderesses parties aux règlements. De plus, les ententes en l'espèce précisaient que leurs modalités non financières seraient communiquées à la cour et aux défenderesses non parties aux règlements [TRADUCTION] « dans la mesure requise par les lois de la Nouvelle-Écosse ainsi que les décisions et le code de déontologie de la Nova Scotia Barristers' Society » (d.a., p. 142 et 184).

[25] Toutes les modalités non financières des ententes de type Pierringer ont effectivement été communiquées aux défenderesses non parties aux règlements. Elles peuvent consulter tous les documents pertinents et autres éléments de preuve qui étaient en la possession des défenderesses parties aux règlements. On leur a également donné l'assurance qu'elles ne seront tenues responsables que de leur part des dommages. De plus, Sable a accepté de divulguer les sommes convenues au juge de première instance au terme du procès, une fois la responsabilité établie. Par conséquent, si les défenderesses non parties aux règlements établissaient leur droit à une compensation en l'espèce, leur responsabilité en dommages-intérêts sera revue à la baisse en cas de besoin pour éviter une surindemnisation des demanderesse.

[26] Quant à la crainte que les défenderesses non parties aux règlements soient tenues de payer davantage que leur part des dommages, il est de la nature même des ententes de type Pierringer que

be held liable for their share of the damages and are severally, and not jointly, liable with the settling defendants.

[27] It is therefore not clear to me how knowledge of the settlement amounts materially affects the ability of the non-settling defendants to know and present their case. The defendants remain fully aware of the claims they must defend themselves against and of the overall amount that Sable is seeking. It is true that knowing the settlement amounts might allow the defendants to revise their estimate of how much they want to invest in the case, but this, it seems to me, does not rise to a sufficient level of importance to displace the public interest in promoting settlements.

[28] The non-settling defendants also argued that refusing disclosure impedes their own possible settlement initiatives since they are more likely to settle if they know the settlement amounts already negotiated. Perhaps. But they may also, depending on the amounts, arguably come to see them as a disincentive. In any event, theirs is essentially a circular argument that the interest in *subsequent* settlement outweighs the public interest in encouraging the *initial* settlement. But the likelihood of an initial settlement decreases if the amount is disclosable.

[29] Someone has to go first, and encouraging that first settlement in multi-party litigation is palpably worthy of more protection than the speculative assumption that others will only follow if they know the amount. The settling defendants, after all, were able to come to a negotiated amount without the benefit of a guiding settlement precedent. The non-settling defendants' position is no worse. As Smith J. noted in protecting the settlement amount

les défendeurs non parties à ce genre de règlement ne peuvent être tenus responsables que de leur part des dommages et qu'ils sont responsables individuellement, et non solidairement, avec les défendeurs parties au règlement.

[27] Je ne vois donc pas en quoi la connaissance des sommes convenues aux ententes influe matériellement sur l'aptitude des défenderesses non parties au règlement à connaître et à présenter leurs arguments. Ces défenderesses demeurent pleinement conscientes des poursuites contre lesquelles elles doivent se défendre ainsi que de la somme globale que réclame Sable. Certes, le fait de connaître les sommes convenues aux ententes pourrait permettre aux défenderesses de revoir leur estimation de la somme qu'elles veulent investir pour se défendre, mais la connaissance de ces sommes ne me semble pas suffisamment importante pour écarter l'intérêt public à favoriser les règlements amiables.

[28] Les défenderesses non parties aux règlements ont aussi plaidé que le refus de divulgation fait obstacle à leurs propres projets potentiels de règlement amiable, car elles seraient plus enclines à régler à l'amiable si elles connaissaient les sommes déjà négociées. Peut-être. Mais elles pourraient aussi, par contre, selon les sommes en cause, en venir à considérer ces sommes comme un élément dissuasif. De toute façon, leur argument est essentiellement circulaire, car il revient à dire que l'intérêt à favoriser un règlement amiable *subsequent* l'emporte sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable *initial*. Mais la probabilité de parvenir à un règlement amiable au départ diminue si la somme convenue peut être divulguée.

[29] Quelqu'un doit faire le premier pas, et l'incitation au premier règlement d'un litige mettant aux prises plusieurs parties mérite clairement une plus grande protection que l'hypothèse conjecturale voulant que d'autres parties n'emboîteront le pas que si elles connaissent la somme convenue. Après tout, les défenderesses parties aux règlements amiables sont parvenues à négocier une somme en l'absence d'un règlement antérieur comme modèle.

from disclosure in *Bioriginal Food & Science Corp. v. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII):

. . . imperfect knowledge is virtually always the case in settlement negotiations. There are always knowns and known unknowns . . . [para. 33]

And Bryson J.A. compellingly summarized the competing arguments in *Brown* as follows:

Some courts have argued that it is necessary to go further and disclose the settlement amount itself. They hold either that the agreement (unlike negotiations) is not privileged or that the settling parties have an advantage which should be redressed by disclosure. . . . If indeed settling parties thereby enjoy an advantage over non-settling parties, it is one for which they have bargained. The court should hesitate to expropriate that advantage by ordering disclosure at the instance of non-settling parties, intransigent or otherwise. The argument that disclosure would facilitate settlement amongst the remaining parties ignores that, but for the privilege, the first settlement would often not occur. [Citations omitted; para. 67.]

[30] A proper analysis of a claim for an exception to settlement privilege does not simply ask whether the non-settling defendants derive some tactical advantage from disclosure, but whether the reason for disclosure *outweighs* the policy in favour of promoting settlement. While protecting disclosure of settlement negotiations and their fruits has the demonstrable benefit of promoting settlement, there is little corresponding harm in denying disclosure of the settlement amounts in this case.

[31] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

Les défenderesses non parties aux règlements ne se trouvent pas dans une pire situation qu'elles. Comme l'a fait remarquer le juge Smith quand il a refusé la divulgation de la somme convenue à l'entente dans *Bioriginal Food & Science Corp. c. Sascopack Inc.*, 2012 SKQB 469 (CanLII) :

[TRADUCTION] . . . dans pratiquement tous les cas de négociation en vue d'un règlement amiable, les parties ne savent pas tout. Il y a toujours des éléments connus et des éléments que l'on sait inconnus . . . [par. 33]

Et le juge Bryson a résumé de manière convaincante en ces termes les arguments contradictoires dans *Brown* :

[TRADUCTION] Certains tribunaux sont d'avis qu'il faut aller plus loin et divulguer la somme convenue à l'entente. Ils affirment soit que l'entente (contrairement aux négociations) ne fait pas l'objet d'un privilège, soit que les parties au règlement amiable disposent d'un avantage auquel il doit être remédié par la divulgation. [. . .] Si les parties qui en viennent à un règlement bénéficient vraiment de ce fait d'un avantage aux dépens des autres parties, c'est un avantage qu'elles ont négocié. Les tribunaux devraient hésiter à leur enlever cet avantage en leur ordonnant de dévoiler la somme à la demande des parties qui n'ont pas réglé à l'amiable parce qu'elles se sont montrées inflexibles ou pour d'autres raisons. L'argument selon lequel la divulgation favoriserait un règlement entre les autres parties ne tient pas compte du fait que souvent, s'il n'y avait pas de privilège, il n'y aurait pas de premier règlement. [Références omises; par. 67.]

[30] Pour analyser comme il se doit la revendication d'une exception au privilège relatif aux règlements, il ne faut pas se demander simplement si les défendeurs non parties au règlement tirent un quelconque avantage tactique de la divulgation, mais si le motif de la divulgation *l'emporte* sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements amiables. Bien que le fait d'empêcher la divulgation du contenu et des résultats des négociations en vue d'un règlement ait l'avantage évident de favoriser les règlements amiables, le refus de divulguer les sommes convenues aux ententes en l'espèce ne cause guère de préjudice corrélatif.

[31] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Appeal allowed with costs throughout.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Solicitors for the appellants: McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs des appelantes : McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors for the respondents Ameron International Corporation and Ameron B.V.: Merrick Jamieson Sterns Washington & Mahody, Halifax.

Procureurs des intimées Ameron International Corporation et Ameron B.V. : Merrick Jamieson Sterns Washington & Mahody, Halifax.

Solicitors for the respondents Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. and Serious Business Inc.: Bingham Law, Moncton.

Procureurs des intimées Allcolour Paint Limited, Amercoat Canada, Rubyco Ltd., Danroh Inc. et Serious Business Inc. : Bingham Law, Moncton.

Fabian Vuradin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VURADIN

2013 SCC 38

File No.: 35143.

2013: May 16; 2013: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Judgments and orders — Sufficiency of reasons — Burden of proof — Accused convicted of sexual assault and unlawful touching for sexual purpose involving four complainants — Whether trial judge’s reasons for judgment sufficient — Whether trial judge properly applied burden of proof.

The issues in this appeal are whether the trial judge’s reasons for judgment were sufficient and whether the trial judge properly applied the burden of proof in a criminal case.

Held: The appeal should be dismissed.

The core question in determining whether the trial judge’s reasons are sufficient is whether the reasons, read in context, show why the judge decided as he did. The trial judge’s reasons satisfy this threshold. The reasons allow for meaningful appellate review because they tell the accused why the trial judge decided as he did. The trial judge found the complainant’s evidence compelling, the problems in her evidence inconsequential, and the accused’s concoction theories speculative. The reasons reveal that the trial judge accepted the complainant’s evidence where it conflicted with the accused’s evidence. No further explanation for rejecting the accused’s evidence was required.

Fabian Vuradin *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. VURADIN

2013 CSC 38

N° du greffe : 35143.

2013 : 16 mai; 2013 : 27 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

Droit criminel — Jugements et ordonnances — Suffisance des motifs — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable d’agression sexuelle et de contacts sexuels illégaux à l’endroit de quatre plaignantes — Les motifs de jugement du juge du procès étaient-ils suffisants? — Le juge du procès a-t-il appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve?

Le présent pourvoi soulève les questions de savoir si les motifs de jugement du juge du procès étaient suffisants et si le juge a appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve en matière criminelle.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour décider si les motifs du juge du procès sont suffisants, la question principale est de savoir si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu la décision qu’il a rendue. Les motifs du juge du procès satisfont à ce critère. Les motifs permettent un examen valable en appel parce qu’ils indiquent à l’accusé pourquoi le juge du procès a rendu la décision qu’il a rendue. Selon le juge du procès, le témoignage de la plaignante était convaincant, les failles de son témoignage étaient anodines, et les hypothèses de l’accusé quant à l’invention étaient conjecturales. Il appert des motifs que le juge du procès a retenu le témoignage de la plaignante lorsque celui-ci contredisait le témoignage de l’accusé. Aucune autre explication n’était nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l’accusé.

The trial judge also properly applied the burden of proof. Although a trial judge is not required to outline the *W.(D.)* steps, the trial judge here referred to *W.(D.)* and the dangers that it addressed: the potential for simply comparing stories and for shifting the onus to the accused. The trial judge's reasons for finding the accused guilty on counts 1 and 2, read in the context of the reasons as a whole, do not reveal an incorrect application of the relevant principles. Here, the accused was not believed. The Crown's case was considered with the accused's denial in mind, and the trial judge concluded, as he was entitled to do, that his denial did not raise a reasonable doubt.

Cases Cited

Referred to: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, McDonald and O'Ferrall JJ.A.), 2011 ABCA 280, 515 A.R. 25, 55 Alta. L.R. (5th) 45, [2012] 4 W.W.R. 264, 532 W.A.C. 25, [2011] A.J. No. 1057 (QL), 2011 CarswellAlta 1687, setting aside three of the accused's convictions and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Peter J. Royal, Q.C., and *Tara E. Hayes*, for the appellant.

Joanne Dartana, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The issues in this appeal are whether the trial judge's reasons for judgment were sufficient and whether the trial judge properly applied the burden of proof in a criminal case.

Le juge du procès a également appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve. Bien qu'un juge du procès ne soit pas tenu d'énoncer les étapes décrites dans *W.(D.)*, le juge en l'espèce a fait mention de cet arrêt et des dangers qu'on y signale : la possibilité de simplement comparer les versions et de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules de l'accusé. Les motifs du juge du procès pour déclarer l'accusé coupable sur les chefs 1 et 2, considérés dans leur contexte global, ne révèlent pas que les principes pertinents ont été incorrectement appliqués. En l'espèce, le juge du procès n'a pas cru l'accusé. Il a examiné la preuve du ministère public en gardant à l'esprit la dénégation de l'accusé et a conclu, comme il lui était loisible de le faire, que cette dénégation ne soulevait pas de doute raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, McDonald et O'Ferrall), 2011 ABCA 280, 515 A.R. 25, 55 Alta. L.R. (5th) 45, [2012] 4 W.W.R. 264, 532 W.A.C. 25, [2011] A.J. No. 1057 (QL), 2011 CarswellAlta 1687, qui a annulé trois déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Peter J. Royal, c.r., et *Tara E. Hayes*, pour l'appellant.

Joanne Dartana, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève les questions de savoir si les motifs de jugement du juge du procès étaient suffisants et s'il a appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve en matière criminelle.

[2] The appellant was charged with four counts of sexual assault and one count of unlawful touching of a person under the age of 14 for a sexual purpose. The charges involved three child complainants and one adult complainant. At trial, the appellant was found guilty of all charges. The majority of the Court of Appeal set aside three convictions and ordered a new trial because similar fact evidence was wrongly admitted. The dissenting judge at the Court of Appeal would have set aside all of the convictions and ordered a new trial: 2011 ABCA 280, 515 A.R. 25. At issue, therefore, are the two counts relating to the youngest complainant (counts 1 and 2).

[3] This is an appeal as of right limited to questions of law on which a judge of the Court of Appeal dissented. The appellant relies on two such issues: whether the trial judge's reasons are sufficient and whether the trial judge correctly applied the burden of proof. The trial judge's ruling with respect to similar fact evidence is not before us.

[4] The trial judge's reasons are sparse and do not directly address the appellant's evidence. For the reasons that follow, however, I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge's reasons were sufficient and that the trial judge did not err in his application of the burden of proof.

II. Background

[5] The trial judge found the youngest complainant's evidence "compelling", noting a "particularly poignant exchange" between the complainant and the investigating police officer that had "the ring of truth". The trial judge stated that (a) the complainant was not shaken on cross-examination; (b) the inconsistencies in her evidence were minor and to be expected (particularly from a child witness); (c) the appellant's arguments with respect to the physical impossibility of the incidents as described by the complainant were "merely conjecture"; and

[2] L'appelant a été accusé de quatre chefs d'agression sexuelle et d'un chef de contacts sexuels illégaux à l'endroit d'une personne âgée de moins de 14 ans. Trois enfants et une adulte sont les plaignantes à l'origine de ces accusations. Au procès, l'appelant a été déclaré coupable relativement à tous les chefs d'accusation. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé trois condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que la preuve de faits similaires avait été admise à tort. Le juge dissident de la Cour d'appel aurait annulé toutes les condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès : 2011 ABCA 280, 515 A.R. 25. Le litige porte donc sur les deux chefs d'accusation relatifs à la plaignante la plus jeune (les chefs d'accusation 1 et 2).

[3] Il s'agit d'un appel de plein droit qui porte uniquement sur les questions de droit à l'égard desquelles un juge de la Cour d'appel a exprimé sa dissidence. L'appelant invoque deux de ces questions, à savoir si les motifs du juge du procès sont suffisants et si le juge du procès a appliqué correctement le fardeau de la preuve. La décision du juge du procès relative à la preuve de faits similaires ne nous a pas été soumise.

[4] Les motifs du juge du procès sont peu étoffés et ne traitent pas directement du témoignage de l'appelant. Cependant, pour les motifs qui suivent, je partage l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel que les motifs du juge du procès étaient suffisants et que ce dernier n'a pas commis d'erreur en appliquant le fardeau de la preuve.

II. Contexte

[5] Le juge du procès a estimé que le témoignage de la plaignante la plus jeune était [TRADUCTION] « convaincant » et a fait remarquer que la plaignante et le policier chargé de l'enquête avaient eu une « conversation particulièrement poignante » qui avait un « accent de vérité ». Le juge a affirmé que a) la plaignante n'avait pas été ébranlée lors du contre-interrogatoire; b) les contradictions relevées dans son témoignage étaient légères et prévisibles (surtout de la part d'une enfant témoin); c) les arguments de l'appelant concernant l'impossibilité

(d) although the police officer who interviewed the complainant posed leading questions, they did not pertain to the “essential features” of the circumstances leading to the offences. Further, the trial judge characterized the appellant’s suggestion that the complainant concocted the allegations as speculative.

[6] With respect to the appellant’s evidence, the trial judge noted that the appellant “simply denied all of the allegations”. Shortly after repeating his finding that the complainant’s evidence was compelling, the trial judge stated his conclusion on counts 1 and 2: “In the end, notwithstanding [the appellant’s] denial, I have no reasonable doubt that the [appellant] did commit the acts which [the complainant] described”.

[7] The majority of the Court of Appeal, represented by McDonald J.A. with respect to the issues before this Court, found that the trial judge provided an accurate distillation of the law on the burden of proof in criminal cases and gave reasons that were sufficient because they met “the *Sheppard* requirements and made it clear to the appellant why he had been convicted at trial” (para. 66). Relying on this Court’s decision in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, McDonald J.A. concluded that the reasons generally demonstrated that where the complainant’s evidence and the accused’s evidence conflicted, the trial judge had accepted the evidence of the complainant.

[8] Côté J.A., dissenting, found that the trial judge misapplied the burden of proof and that his reasons were inadequate. With respect to the burden of proof, the verdicts of guilt relating to the youngest complainant were “at best . . . an unexplained conclusion” because the trial judge did not mention the appellant’s evidence in relation to these counts (para. 100). As for the sufficiency of the reasons, the trial judge did not adequately address the problems with the complainant’s evidence. The reasons also

physique que les incidents se soient produits comme l’a raconté la plaignante étaient une « simple conjecture »; et d) bien que le policier qui a interrogé la plaignante lui ait posé des questions suggestives, celles-ci ne se rapportaient pas aux « aspects essentiels » des faits à l’origine des infractions. En outre, le juge du procès a qualifié de conjecturale la suggestion de l’appelant selon laquelle la plaignante avait inventé les allégations.

[6] Pour ce qui est du témoignage de l’appelant, le juge du procès a fait remarquer que l’appelant avait [TRADUCTION] « simplement nié l’ensemble des allégations ». Peu après avoir réitéré sa conclusion que le témoignage de la plaignante était convaincant, le juge du procès a énoncé sa conclusion sur les chefs 1 et 2 : « [e]n définitive, malgré la dénégation [de l’appelant], je n’ai aucun doute raisonnable que l’[appellant] a commis les actes décrits par [la plaignante] ».

[7] S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel à propos des questions dont notre Cour est saisie, le juge McDonald a conclu que le juge du procès avait fait une synthèse correcte des règles de droit relatives au fardeau de la preuve en matière criminelle et avait fourni des motifs suffisants parce qu’ils répondaient [TRADUCTION] « aux exigences établies dans l’arrêt *Sheppard* et indiquaient clairement à l’appelant pourquoi il avait été déclaré coupable à son procès » (par. 66). S’appuyant sur l’arrêt de notre Cour *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, le juge McDonald a conclu que les motifs démontraient de façon générale que, lorsque les témoignages de la plaignante et de l’accusé se contredisaient, le juge du procès avait retenu celui de la plaignante.

[8] Le juge Côté, dissident, a estimé que le juge du procès avait mal appliqué le fardeau de la preuve et que ses motifs étaient inadéquats. Quant au fardeau de la preuve, les verdicts de culpabilité relatifs à la plaignante la plus jeune constituaient [TRADUCTION] « tout au plus [. . .] une conclusion inexplicée » parce que le juge du procès n’avait pas fait état du lien entre le témoignage de l’appelant et les chefs d’accusation en cause (par. 100). En ce qui concerne le caractère suffisant des motifs, le

did not explain why the appellant's evidence was rejected or failed to raise a reasonable doubt and did not permit an appellate court to determine whether he misapplied the principles in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

III. Were the Trial Judge's Reasons Sufficient?

[9] Counsel for the appellant candidly submitted that he was not asking the court to make any new law. Rather, he submitted that the reasons of the trial judge did not explain why the trial judge accepted the evidence of the complainant, despite live credibility issues, and did not address the appellant's evidence or explain why it was rejected. The reasons did not allow an appellate court to determine whether there was a legal error in the application of *W.(D.)*.

[10] An appellate court tasked with determining whether a trial judge gave sufficient reasons must follow a functional approach: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 55. An appeal based on insufficient reasons "will only be allowed where the trial judge's reasons are so deficient that they foreclose meaningful appellate review": *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 25.

[11] Here, the key issue at trial was credibility. Credibility determinations by a trial judge attract a high degree of deference. In *Dinardo*, Charron J. explained:

Where a case turns largely on determinations of credibility, the sufficiency of the reasons should be considered in light of the deference afforded to trial judges on credibility findings. Rarely will the deficiencies in the trial judge's credibility analysis, as expressed in the reasons for judgment, merit intervention on appeal. Nevertheless, a failure to sufficiently articulate how credibility concerns were resolved may constitute

juge du procès n'y a pas traité adéquatement des failles du témoignage de la plaignante. Les motifs n'expliquaient pas non plus pourquoi le témoignage de l'appelant avait été rejeté ou n'avait pas soulevé de doute raisonnable, et ne permettaient pas à une cour d'appel de décider si le juge du procès avait mal appliqué les principes énoncés dans *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

III. Les motifs du juge du procès étaient-ils suffisants?

[9] L'avocat de l'appelant a affirmé avec franchise qu'il ne demandait pas à la Cour d'établir une nouvelle règle de droit. Il a plutôt soutenu que le juge du procès n'avait pas expliqué dans ses motifs pourquoi il avait retenu le témoignage de la plaignante en dépit des questions de crédibilité en litige, et n'y avait pas traité du témoignage de l'appelant ni motivé son rejet. Les motifs ne permettaient pas à une cour d'appel de déterminer si l'application de l'arrêt *W.(D.)* était entachée d'une erreur de droit.

[10] Une cour d'appel chargée de décider si un juge de première instance a suffisamment motivé sa décision doit appliquer une approche fonctionnelle : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 55. Un appel fondé sur l'insuffisance des motifs « ne sera accueilli que si les lacunes des motifs exprimés par le juge du procès font obstacle à un examen valable en appel » : *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 25.

[11] En l'espèce, la crédibilité était la question clé au procès. Les décisions d'un juge du procès relatives à la crédibilité commandent un degré élevé de déférence. La juge Charron donne les précisions suivantes dans *Dinardo* :

Dans un litige dont l'issue est en grande partie liée à la crédibilité, on tiendra compte de la déférence due aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance pour déterminer s'il a suffisamment motivé sa décision. Les lacunes dans l'analyse de la crédibilité effectuée par le juge du procès, telle qu'il l'expose dans ses motifs, ne justifieront que rarement l'intervention de la cour d'appel. Néanmoins, le défaut d'expliquer

reversible error (see *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27, at para. 23). As this Court noted in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, the accused is entitled to know “why the trial judge is left with no reasonable doubt” . . . [para. 26]

[12] Ultimately, appellate courts considering the sufficiency of reasons “should read them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered”: *R.E.M.*, at para. 16. These purposes “are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did” (para. 17).

[13] In *R.E.M.*, this Court also explained that a trial judge’s failure to explain why he rejected an accused’s plausible denial of the charges does not mean the reasons are deficient as long as the reasons generally demonstrate that, where the complainant’s evidence and the accused’s evidence conflicted, the trial judge accepted the complainant’s evidence. No further explanation for rejecting the accused’s evidence is required as the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused’s denial failed to raise a reasonable doubt (see para. 66).

[14] The appellant submits that the reasons do not disclose *why* the trial judge decided as he did. Before accepting the complainant’s evidence the trial judge failed to address live issues relating to the credibility of the complainant. A number of the live issues, listed in detail by the dissenting judge in the Court of Appeal, went unmentioned by the trial judge or, if mentioned, were followed by a bald conclusion. Although a trial judge’s credibility findings relating to witnesses should not be lightly disturbed, the trial judge’s reasons do not adequately explain why he accepted the complainant’s evidence and why the appellant’s evidence did not raise a reasonable doubt.

adéquatement comment il a résolu les questions de crédibilité peut constituer une erreur justifiant l’annulation de la décision (voir *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27, par. 23). Comme notre Cour l’a indiqué dans *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, l’accusé est en droit de savoir « pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable » . . . [par. 26]

[12] En dernière analyse, lorsqu’un tribunal d’appel examine les motifs pour déterminer s’ils sont suffisants, « il doit les considérer globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du procès, en tenant compte des buts ou des fonctions de l’expression des motifs » : *R.E.M.*, par. 16. Ces buts « seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision » (par. 17).

[13] Notre Cour a également précisé dans *R.E.M.* que l’omission du juge du procès d’expliquer pourquoi il a écarté une dénégation plausible des accusations par l’accusé ne rend pas les motifs déficients, pourvu que ceux-ci démontrent, de façon générale, que lorsque les témoignages de la plaignante et de l’accusé se contredisaient, il a retenu celui de la plaignante. Aucun autre motif n’est nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l’accusé puisque les déclarations de culpabilité elles-mêmes permettent d’inférer raisonnablement que l’accusé n’a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations (voir le par. 66).

[14] L’appelant plaide que les motifs n’indiquaient pas *pourquoi* le juge du procès avait rendu la décision qu’il a rendue. Ce dernier n’a pas examiné les questions en litige concernant la crédibilité de la plaignante avant de retenir son témoignage. Le juge du procès n’a pas abordé plusieurs des questions en litige énumérées en détail par le juge dissident de la Cour d’appel. S’il l’a fait, il a ensuite tiré une conclusion sommaire à leur égard. Selon l’appelant, bien qu’on ne doive pas modifier à la légère les conclusions d’un juge du procès relatives à la crédibilité des témoins, le juge du procès n’explique pas adéquatement dans ses motifs pourquoi il a retenu le témoignage de la plaignante, ni pourquoi le témoignage de l’appelant ne soulevait pas un doute raisonnable.

[15] The core question in determining whether the trial judge's reasons are sufficient is the following: Do the reasons, read in context, show why the judge decided as he did on the counts relating to the complainant? In this case, the trial judge's reasons satisfy this threshold.

[16] First, the trial judge found the evidence of the complainant compelling — that is, credible and reliable. He explained why, noting an exchange between the complainant and the investigating police officer to whom she expressed worry about being considered a bad girl because she may have liked what the appellant had done to her. The trial judge stated that this “had the ring of truth”.

[17] Second, the trial judge recognized the live issues relating to the complainant's credibility. He was not obliged to discuss all of the evidence on any given point or answer each and every argument of counsel: *R.E.M.*, at paras. 32 and 64; and *Dinardo*, at para. 30. Here, he noted the problems in her evidence — the lack of a hymen, inconsistency as to the number of incidents, the physical impossibility of some allegations, and leading questions by the police officer who took her statement. He addressed each of them, albeit briefly, ultimately finding that they were inconsequential to his conclusion. He characterized the appellant's suggestion of concoction as speculative.

[18] Third, the trial judge considered the appellant's denial of the allegations. He acknowledged that the appellant's evidence may have been more fulsome if his command of the English language were better. Read in context, the trial judge's reasons reveal that he rejected the appellant's denial. Later in his reasons, in relation to the other counts, the trial judge stated that the denial was not truthful and did not raise a doubt.

[15] Pour décider si les motifs du juge du procès sont suffisants, la question principale à trancher est la suivante : considérés dans leur contexte, les motifs indiquent-ils pourquoi le juge a rendu la décision qu'il a rendue relative aux chefs d'accusation concernant la plaignante? En l'espèce, les motifs du juge du procès satisfont à ce critère.

[16] Premièrement, le juge du procès a estimé que le témoignage de la plaignante était convaincant, c'est-à-dire crédible et fiable. Il a motivé cette opinion en signalant un échange entre la plaignante et le policier chargé de l'enquête à qui elle a exprimé sa crainte d'être considérée comme une mauvaise fille parce qu'elle avait peut-être aimé ce que lui avait fait l'appelant. Le juge du procès a dit que ces propos [TRADUCTION] « avaient un accent de vérité ».

[17] Deuxièmement, le juge du procès a reconnu les questions en litige relatives à la crédibilité de la plaignante. Il n'était pas tenu de traiter de tous les éléments de preuve sur un point donné ou de répondre à chaque argument soulevé par les avocats : *R.E.M.*, par. 32 et 64; *Dinardo*, par. 30. En l'espèce, il a relevé les failles du témoignage de la plaignante — l'absence d'un hymen, les contradictions quant au nombre d'incidents, l'impossibilité physique de certaines allégations et les questions suggestives posées par le policier qui a enregistré sa déclaration. Il a traité de chacune de ces failles, quoique brièvement, estimant en fin de compte qu'elles n'avaient aucune incidence sur sa conclusion globale. Il a qualifié d'hypothétique la suggestion d'invention faite par l'appelant.

[18] Troisièmement, le juge du procès a tenu compte de la dénégation des allégations par l'appelant. Il a reconnu que si l'appelant avait mieux maîtrisé l'anglais, il aurait peut-être présenté un témoignage plus étoffé. Considérés dans leur contexte, les motifs du juge du procès révèlent qu'il a rejeté la dénégation de l'appelant. Plus loin dans ses motifs, le juge du procès a affirmé, à propos des autres chefs d'accusation, que la dénégation n'était pas sincère et ne soulevait pas de doute.

[19] I conclude that the reasons were sufficient — they allow for meaningful appellate review because they tell the appellant why the trial judge decided as he did. The trial judge found the complainant’s evidence compelling, the problems in her evidence inconsequential, and the appellant’s concoction theories speculative. The reasons reveal that the trial judge accepted the complainant’s evidence where it conflicted with the appellant’s evidence. No further explanation for rejecting the appellant’s evidence was required.

IV. Did the Trial Judge Err in His Application of the Burden of Proof?

[20] The appellant submits that the trial judge misapplied the burden of proof in a criminal case by not following the test in *W.(D.)* and thereby failing to properly assess the appellant’s evidence.

[21] The paramount question in a criminal case is whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused: *W.(D.)*, at p. 758. The order in which a trial judge makes credibility findings of witnesses is inconsequential as long as the principle of reasonable doubt remains the central consideration. A verdict of guilt must not be based on a choice between the accused’s evidence and the Crown’s evidence: *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, at paras. 6-8. However, trial judges are not required to explain in detail the process they followed to reach a verdict: see *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 29.

[22] The trial judge adverted to the principles of *W.(D.)* at the outset of his reasons:

W.(D.) requires me to attend to the evidence of the accused in a particular way. That does not mean, however, that the accused’s evidence is considered in a vacuum.

[19] Je conclus que les motifs étaient suffisants. Ils permettent un examen valable en appel parce qu’ils indiquent à l’appelant pourquoi le juge du procès a rendu la décision qu’il a rendue. Selon le juge du procès, le témoignage de la plaignante était convaincant, les failles de son témoignage étaient anodines, et les hypothèses de l’appelant quant à l’invention étaient conjecturales. Il appert des motifs que le juge du procès a retenu le témoignage de la plaignante lorsque celui-ci contredisait le témoignage de l’appelant. Aucune autre explication n’était nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l’appelant.

IV. Le juge du procès a-t-il fait erreur en appliquant le fardeau de la preuve?

[20] L’appelant plaide que le juge du procès n’a pas appliqué correctement le fardeau de la preuve en matière criminelle en ne respectant pas le critère établi dans *W.(D.)*, et qu’il a omis de ce fait d’apprécier correctement le témoignage de l’appelant.

[21] La question primordiale qui se pose dans une affaire criminelle est de savoir si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, il subsiste dans l’esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé : *W.(D.)*, p. 758. L’ordre dans lequel le juge du procès énonce des conclusions relatives à la crédibilité des témoins n’a pas de conséquences dès lors que le principe du doute raisonnable demeure la considération primordiale. Un verdict de culpabilité ne doit pas être fondé sur un choix entre la preuve de l’accusé et celle du ministère public : *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 6-8. Les juges de première instance n’ont cependant pas l’obligation d’expliquer par le menu le cheminement qu’ils ont suivi pour arriver au verdict : voir *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 29.

[22] Le juge du procès a fait allusion aux principes de l’arrêt *W.(D.)* au début de ses motifs :

[TRADUCTION] *W.(D.)* m’oblige à évaluer le témoignage de l’accusé d’une façon en particulier. Cela ne signifie pas cependant que le témoignage de l’accusé est examiné

The dangers that *W.(D.)* addresses are the potential for simply comparing stories and for shifting the onus to the accused. However, the accused's evidence is part of a body of evidence, all of which bears upon the credit that may be given to any portion of that evidence.

One cannot determine whether the accused's evidence is true or at least raises a reasonable doubt by simply considering his evidence and the way he gave it. Doing so ignores one of the fundamental [tenets] of fact-finding. It is not just internal consistency which lends credence to testimony. External consistency is also part of the analysis. Evidence inconsistent with found or admitted fact, may be discounted, no matter what its source. [Emphasis added.]

[23] Immediately following these paragraphs, the trial judge assessed the complainant's credibility, starting with the statement: "In this case, [the complainant's] evidence was compelling."

[24] The appellant argues that in the absence of any reasons why his evidence was rejected or did not raise a reasonable doubt, the reasons suggest that the trial judge first found the complainant credible, and then used that finding — or "found fact" to use the trial judge's words — to later reject the evidence of the appellant, effectively choosing the Crown's evidence over that of the defence.

[25] In my view, the trial judge was merely articulating general principles of law that *may* be used in assessing the evidence of the accused. Further, in assessing the Crown's case, the trial judge referred explicitly to the appellant's denial: ". . . notwithstanding [the appellant's] denial, I have no reasonable doubt that the [appellant] did commit the acts which [the complainant] described".

en vase clos. La possibilité de simplement comparer les versions et de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules de l'accusé constituent les dangers dont il est question dans *W.(D.)*. Toutefois, le témoignage de l'accusé fait partie d'un ensemble d'éléments de preuve qui influent tous sur le poids qui peut être accordé à son témoignage.

On ne peut déterminer si le témoignage de l'accusé est véridique ou soulève à tout le moins un doute raisonnable simplement en examinant ce témoignage ainsi que la manière dont l'accusé l'a présenté. Cette façon de faire néglige une des [règles] fondamentales de la recherche des faits. Ce n'est pas seulement la cohérence interne du témoignage qui renforce celui-ci. Sa compatibilité avec d'autres éléments entre aussi en jeu dans l'analyse. Le témoignage incompatible avec un fait établi ou admis peut être écarté, peu importe son auteur. [Je souligne.]

[23] Immédiatement après ces paragraphes, le juge du procès a entrepris en ces termes son appréciation de la crédibilité de la plaignante : [TRADUCTION] « Le témoignage [de la plaignante] en l'espèce était convaincant. »

[24] L'appelant plaide qu'en l'absence de quel que motif que ce soit expliquant pourquoi son témoignage a été rejeté ou n'a pas soulevé un doute raisonnable, les motifs laissent entendre que le juge du procès a d'abord trouvé la plaignante crédible, puis s'est servi de cette conclusion — ou de ce [TRADUCTION] « fait établi », pour reprendre les propos du juge du procès — pour rejeter ensuite le témoignage de l'appelant, choisissant effectivement la preuve du ministère public au détriment de celle de la défense.

[25] À mon avis, le juge du procès ne faisait qu'énoncer des principes de droit généraux *susceptibles* d'être utilisés pour apprécier le témoignage de l'accusé. En outre, lorsqu'il a évalué la preuve du ministère public, le juge du procès a mentionné explicitement la dénégation de l'appelant : [TRADUCTION] « . . . malgré la dénégation [de l'appelant], je n'ai aucun doute raisonnable que l'[appellant] a commis les actes décrits par [la plaignante] ».

[26] I conclude, therefore, that the trial judge properly applied the burden of proof. Although a trial judge is not required to outline the *W.(D.)* steps, the trial judge here referred to *W.(D.)* and the dangers that it addresses: “. . . the potential for simply comparing stories and for shifting the onus to the accused”. In my view, the trial judge’s reasons for finding the appellant guilty on counts 1 and 2, read in the context of the reasons as a whole, do not reveal an incorrect application of the principles outlined in that decision.

[27] In the result, the trial judge rejected the appellant’s testimony. In *Boucher*, Charron J. (dissenting in part) stated that when a trial judge rejects an accused’s testimony, “it can generally be concluded that the testimony failed to raise a reasonable doubt in the judge’s mind” (para. 59). Similarly, in *R.E.M.*, McLachlin C.J. stated that “the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused’s denial of the charges failed to raise a reasonable doubt” (para. 66).

[28] Here, the appellant was not believed. The Crown’s case was considered with the appellant’s denial in mind, and the trial judge concluded, as he was entitled to do, that his denial did not raise a reasonable doubt.

V. Conclusion

[29] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Royal Teskey, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

[26] J’en viens donc à la conclusion que le juge du procès a appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve. Bien qu’un juge du procès ne soit pas tenu d’énoncer les étapes décrites dans *W.(D.)*, le juge en l’espèce a fait mention de cet arrêt et des dangers qu’on y signale : [TRADUCTION] « . . . [l]a possibilité de simplement comparer les versions et de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules de l’accusé ». À mon avis, les motifs du juge du procès pour déclarer l’appelant coupable sur les chefs 1 et 2, considérés dans leur contexte global, ne révèlent pas que les principes exposés dans cet arrêt ont été incorrectement appliqués.

[27] En définitive, le juge du procès a rejeté le témoignage de l’appelant. Dans *Boucher*, la juge Charron (dissidente en partie) a affirmé que, lorsque le juge du procès rejette le témoignage d’un accusé, « il est généralement permis de conclure que le témoignage n’a pas soulevé de doute raisonnable dans son esprit » (par. 59). De même, la juge en chef McLachlin a affirmé dans *R.E.M.* que « les condamnations elles-mêmes permettent d’inférer raisonnablement que l’accusé n’a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations » (par. 66).

[28] En l’espèce, le juge du procès n’a pas cru l’appelant. Il a examiné la preuve du ministère public en gardant à l’esprit la dénégation de l’appelant et a conclu, comme il lui était loisible de le faire, que cette dénégation ne soulevait pas de doute raisonnable.

V. Conclusion

[29] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Royal Teskey, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.

**Canadian National
Railway Company** *Appellant*

v.

**McKercher LLP and
Gordon Wallace** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association and Federation of
Law Societies of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO.
v. McKERCHER LLP**

2013 SCC 39

File No.: 34545.

2013: January 24; 2013: July 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Law of professions — Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Breach of confidence — Whether a law firm can accept a retainer to act against a current client on a matter unrelated to the client's existing files — Whether a law firm can bring a lawsuit against a current client on behalf of another client and if not, what remedies are available to the client.

McKercher LLP was acting for CN on several matters when, without CN's consent or knowledge, it accepted a retainer to act for the plaintiff in a \$1.75 billion class action against CN. CN first learned that McKercher was acting against it in the class action when it was served with the statement of claim. McKercher hastily terminated all retainers with CN, except for one which CN terminated. CN applied to strike McKercher as the solicitor of record in the class action due to an alleged conflict of interest. The motion judge granted the application and disqualified McKercher. The Court of Appeal overturned the motion judge's order.

**Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada** *Appelante*

c.

**McKercher LLP et
Gordon Wallace** *Intimés*

et

**Association du Barreau canadien et
Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER
NATIONAUX DU CANADA c. McKERCHER LLP**

2013 CSC 39

N° du greffe : 34545.

2013 : 24 janvier; 2013 : 5 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit des professions — Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Abus de confiance — Un cabinet d'avocats peut-il accepter le mandat d'agir contre un client actuel dans une affaire sans lien avec les dossiers en cours de ce client? — Un cabinet d'avocats peut-il poursuivre un client actuel pour le compte d'un autre client, et, dans la négative, quels recours s'offrent au client actuel?

Le cabinet d'avocats McKercher LLP représentait le CN dans quelques dossiers lorsqu'il a accepté, sans que le CN le sache ou y consente, le mandat de représenter le demandeur dans un recours collectif de 1,75 milliard de dollars contre le CN. Ce n'est que lorsque la déclaration lui a été signifiée que le CN a appris que McKercher occupait contre lui dans le recours collectif. McKercher s'est hâté d'abandonner tous les mandats du CN, sauf un auquel le CN a mis fin lui-même. Alléguant l'existence d'un conflit d'intérêts, le CN a demandé que McKercher soit écarté en tant que procureur au dossier dans le recours collectif. Le juge saisi de la requête a accueilli la demande et déclaré McKercher inhabile à occuper dans l'instance. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du premier juge.

Held: The appeal should be allowed and the matter should be remitted to the Court of Queen's Bench for redetermination of a remedy.

A lawyer's duty of loyalty has three salient dimensions: a duty to avoid conflicting interests; a duty of commitment to the client's cause; and a duty of candour. The duty to avoid conflicts is mainly concerned with protecting a former or current client's confidential information and with ensuring the effective representation of a current client. The duty of commitment entails that, subject to law society rules, a lawyer or law firm as a general rule should not summarily drop a client simply to avoid conflicts of interest. The duty of candour requires disclosure of any factors relevant to the ability to provide effective representation. A lawyer should advise an existing client before accepting a retainer that will require him to act against the client.

The present appeal concerns the risk to effective representation that arises when a lawyer acts concurrently in different matters for clients whose immediate interests in those matters are directly adverse. *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, held that the general bright line rule is that a lawyer, and by extension a law firm, may not concurrently represent clients adverse in interest without first obtaining their consent. When the bright line rule is inapplicable, the question becomes whether the concurrent representation of clients creates a substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person. The bright line rule is based on the inescapable conflict of interest inherent in some situations of concurrent representation and it reflects the essence of a fiduciary's duty of loyalty. The rule cannot be rebutted or otherwise attenuated and it applies to concurrent representation in both related and unrelated matters. However, the rule is limited in scope. It applies only where the immediate interests of clients are directly adverse in the matters on which the lawyer is acting and it applies only to legal interests, as opposed to commercial or strategic interests. It cannot be raised tactically. It does not apply in circumstances where it is unreasonable for a client to expect that a law firm will not act against it in unrelated matters.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle détermine à nouveau la réparation.

Le devoir de loyauté de l'avocat comporte trois aspects importants : un devoir d'éviter les conflits d'intérêts, un devoir de dévouement à la cause du client et un devoir de franchise. Le devoir d'éviter les conflits d'intérêts cible surtout la protection des renseignements confidentiels obtenus d'un client ancien ou actuel, et le fait d'assurer la représentation efficace d'un client actuel. Le devoir de dévouement signifie que, sauf si les règles du barreau prévoient différemment, un avocat ou un cabinet d'avocats ne devrait pas, en règle générale, laisser tomber de façon expéditive un client simplement pour éviter des conflits d'intérêts. Le devoir de franchise exige la divulgation de tout facteur influant sur l'aptitude à offrir au client une représentation efficace. Un avocat doit informer son client actuel avant d'accepter un mandat qui l'obligera à agir contre ce client.

Le pourvoi qui nous occupe porte sur le risque qui se pose pour la représentation efficace lorsqu'un avocat occupe simultanément dans différents dossiers pour des clients dont les intérêts immédiats s'opposent directement dans ces dossiers. Dans l'arrêt *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, la Cour a décidé que la ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à l'avocat et, par extension, au cabinet d'avocats, de représenter simultanément des clients aux intérêts opposés sans avoir obtenu leur consentement. Lorsque la règle de la démarcation très nette ne s'applique pas, il faut se demander si la représentation simultanée de clients pose un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable la représentation du client par l'avocat. La règle de la démarcation très nette repose sur l'inévitable conflit d'intérêts inhérent à certains cas de représentation simultanée et elle traduit l'essentiel du devoir de loyauté qu'assume le fiduciaire. La règle ne peut être réfutée ou autrement atténuée, et elle s'applique à la représentation simultanée tant dans des dossiers ayant un lien entre eux que dans les dossiers qui n'en ont pas. Toutefois, la portée de la règle est limitée. Elle s'applique uniquement lorsque les intérêts immédiats des clients s'opposent directement dans les dossiers où occupe l'avocat et elle s'applique uniquement aux intérêts juridiques, et non aux intérêts commerciaux ou stratégiques. Elle ne peut être invoquée pour des raisons d'ordre tactique. Elle ne s'applique pas lorsqu'il est déraisonnable pour un client de s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers n'ayant aucun lien avec le sien.

McKercher's conduct fell squarely within the scope of the bright line rule. CN and the class suing CN are adverse in legal interest; CN did not tactically abuse the bright line rule; and it was reasonable in the circumstances for CN to have expected that McKercher would not concurrently represent a party suing it for \$1.75 billion. McKercher's failure to obtain CN's consent before accepting the class action retainer breached the bright line rule. McKercher's termination of its retainers with CN breached its duty of commitment. Its failure to advise CN of its intention to represent the class breached its duty of candour. However, McKercher possessed no relevant confidential information that could be used to prejudice CN in the class action.

Disqualification may be required to avoid the risk of improper use of confidential information, to avoid the risk of impaired representation, or to maintain the repute of the administration of justice. In this case the only concern that would warrant disqualification is the protection of the repute of the administration of justice. While a breach of the bright line rule normally attracts the remedy of disqualification, factors that may militate against it must be considered. These factors may include: (i) behaviour disempowering the complaining party from seeking the removal of counsel, such as delay in bringing the motion for disqualification; (ii) significant prejudice to the new client's interest in retaining its counsel of choice, and that party's ability to retain new counsel; and (iii) the fact that the law firm accepted the conflicting retainer in good faith, reasonably believing that the concurrent representation fell beyond the scope of the bright line rule or applicable law society rules. As the motion judge did not have the benefit of these reasons, the matter should be remitted to the Queen's Bench for redetermination of the appropriate remedy.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Cholmondeley v. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno v. Thorp* (1821), Jacob 300, 37 E.R.

La conduite de McKercher tombait clairement sous le coup de la règle de la démarcation très nette. Le CN et le groupe qui le poursuivait avaient des intérêts juridiques opposés; le CN n'a pas abusé tactiquement de la règle, et dans les circonstances, il était raisonnable pour le CN de s'attendre à ce que McKercher ne représente pas simultanément une partie qui la poursuivait pour 1,75 milliard de dollars. Lorsqu'il a accepté le mandat du groupe visé dans le recours collectif sans avoir obtenu le consentement du CN, McKercher a contrevenu à la règle de la démarcation très nette. Il a manqué à son devoir de dévouement en abandonnant les mandats que lui avait confiés le CN. Il a manqué à son devoir de franchise en n'avisant pas le CN de son intention de représenter le groupe. Toutefois, McKercher n'avait en sa possession aucun renseignement confidentiel pertinent susceptible de porter préjudice au CN dans ce recours collectif.

La déclaration d'inhabilité peut devenir nécessaire pour éviter le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, pour éviter le risque de représentation déficiente ou pour préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. La protection de la considération dont jouit l'administration de la justice constitue la seule préoccupation qui justifierait en l'espèce une déclaration d'inhabilité. Bien qu'une violation de la règle de la démarcation très nette appelle normalement une déclaration d'inhabilité à occuper, les facteurs qui peuvent militer contre la déclaration d'inhabilité doivent être pris en considération. Ces facteurs peuvent inclure (i) un comportement qui prive le plaignant de la possibilité de demander que l'avocat cesse d'occuper, par exemple s'il tarde à présenter la demande de déclaration d'inhabilité, (ii) une atteinte grave au droit du client éventuel de retenir les services de l'avocat de son choix, et la capacité de ce client de trouver un autre avocat, et (iii) le fait que le cabinet d'avocats a accepté en toute bonne foi le mandat à l'origine du conflit d'intérêts, en croyant raisonnablement que la représentation simultanée échappait à la portée de la règle de la démarcation très nette et des restrictions du barreau applicables. Comme le juge de première instance n'a pas pu bénéficier des présents motifs, l'affaire devrait être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle détermine à nouveau la réparation appropriée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. v. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *R. v. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Cholmondeley c. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno c. Thorp* (1821), Jacob 300,

864; *Taylor v. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401; *Rakusen v. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Moffat v. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371; *Canadian Pacific Railway v. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55; *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171; *Toddglen Construction Ltd. v. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.

Dodek, Adam. "Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada" (2011), 14 *Legal Ethics* 193.

Law Society of Alberta. *Code of Conduct*, version 2013_V1, r. 2.01(2), Commentary (online: <http://www.lawsocietyalberta.com>).

Law Society of Saskatchewan. *Code of Professional Conduct*. Regina: The Society, 1991 (online: <http://www.lawsociety.sk.ca>).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated January 24, 2013, r. 2.02(6.1), (6.2) (online: <http://www.lsuc.on.ca>).

Nightingale, J. *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol. II. London: J. Robins, 1821.

Nova Scotia Barristers' Society. *Code of Professional Conduct*, updated February 22, 2013, rr. 3.2-1A, 7.2-6A (online: <http://nsbs.org>).

Waters' Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Lane, Ottenbreit and Caldwell J.J.A.), 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218, 340 D.L.R. (4th) 402, [2012] 1 W.W.R. 251, 9 C.P.C. (7th) 292, 525 W.A.C. 218, [2011] S.J. No. 589 (QL), 2011 CarswellSask 625, setting aside a decision of Popescul J., 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3, [2009] 12 W.W.R. 157, 77 C.P.C. (6th) 24, [2009] S.J. No. 549 (QL), 2009 CarswellSask 610 (*sub nom. Wallace v. Canadian Pacific Railway*). Appeal allowed.

37 E.R. 864; *Taylor c. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401; *Rakusen c. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Moffat c. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371; *Canadian Pacific Railway c. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55; *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171; *Toddglen Construction Ltd. c. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111.

Doctrine et autres documents cités

American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour le 24 janvier 2013, règle 2.02(6.1), (6.2) (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca>).

Dodek, Adam. « Conflicted Identities : The Battle over the Duty of Loyalty in Canada » (2011), 14 *Legal Ethics* 193.

Law Society of Alberta. *Code of Conduct*, version 2013_V1, r. 2.01(2), Commentary (online : <http://www.lawsocietyalberta.com>).

Law Society of Saskatchewan. *Code of Professional Conduct*. Regina : The Society, 1991 (online : <http://www.lawsociety.sk.ca>).

Nightingale, J. *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol. II. London : J. Robins, 1821.

Nova Scotia Barristers' Society. *Code of Professional Conduct*, updated February 22, 2013, rr. 3.2-1A, 7.2-6A (online : <http://nsbs.org>).

Waters' Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Lane, Ottenbreit et Caldwell), 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218, 340 D.L.R. (4th) 402, [2012] 1 W.W.R. 251, 9 C.P.C. (7th) 292, 525 W.A.C. 218, [2011] S.J. No. 589 (QL), 2011 CarswellSask 625, qui a infirmé une décision du juge Popescul, 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3, [2009] 12 W.W.R. 157, 77 C.P.C. (6th) 24, [2009] S.J. No. 549 (QL), 2009 CarswellSask 610 (*sub nom. Wallace c. Canadian Pacific Railway*). Pourvoi accueilli.

Douglas C. Hodson, Q.C., Vanessa Monar Enweani and C. Ryan Lepage, for the appellant.

Gavin MacKenzie and Lauren Wihak, for the respondents.

Malcolm M. Mercer, Eric S. Block and Brendan Brammall, for the intervener the Canadian Bar Association.

John J. L. Hunter, Q.C., and Stanley Martin, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Can a law firm accept a retainer to act against a current client on a matter unrelated to the client’s existing files? More specifically, can a firm bring a lawsuit against a current client on behalf of another client? If not, what remedies are available to the client whose lawyer has brought suit against it? These are the questions raised by this appeal.

I. Background

[2] McKercher LLP (“McKercher”) is a large law firm in Saskatchewan. The Canadian National Railway Company (“CN”) retained McKercher to act for it on a variety of matters. In late 2008, McKercher was acting for CN on three ongoing matters: a personal injury claim concerning a rail yard incident in which children had been injured; the purchase of real estate; and the representation of CN’s interests as a creditor in a receivership. As well, two of its partners held power of attorney from CN for service of process in Saskatchewan.

[3] At the same time, the McKercher firm accepted a retainer from Gordon Wallace (“Wallace”) to act against CN in a \$1.75 billion class action based on allegations that CN had illegally overcharged Western Canadian farmers for grain transportation. It is not contested on appeal that the Wallace action

Douglas C. Hodson, c.r., Vanessa Monar Enweani et C. Ryan Lepage, pour l’appelante.

Gavin MacKenzie et Lauren Wihak, pour les intimés.

Malcolm M. Mercer, Eric S. Block et Brendan Brammall, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

John J. L. Hunter, c.r., et Stanley Martin, pour l’intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Un cabinet d’avocats peut-il accepter le mandat d’agir contre un de ses clients actuels dans une affaire sans lien avec les dossiers en cours de ce client? Plus précisément, un cabinet d’avocats peut-il poursuivre son client actuel pour le compte d’un autre client? Dans la négative, quels recours s’offrent au client poursuivi par son avocat? Telles sont les questions que souève le présent pourvoi.

I. Contexte

[2] McKercher LLP (« McKercher ») est un grand cabinet d’avocats en Saskatchewan. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le « CN ») a retenu les services de McKercher qui la représente dans divers dossiers. À la fin de 2008, McKercher représentait le CN dans trois dossiers en cours : une réclamation pour préjudice corporel relative à des blessures subies par des enfants dans une gare de triage, l’acquisition d’un immeuble et une affaire de séquestre où le CN était créancier. De plus, deux des associés de McKercher étaient habilités par procuration à recevoir la signification d’actes de procédure au nom du CN en Saskatchewan.

[3] À la même époque, le cabinet McKercher a accepté de Gordon Wallace le mandat d’intenter contre le CN un recours collectif de 1,75 milliard de dollars fondé sur l’allégation que le CN avait illégalement surfaturé le transport du grain aux agriculteurs de l’Ouest canadien. Nul ne conteste en

was legally and factually unrelated to the ongoing CN retainers.

[4] The McKercher firm did not advise CN that it intended to accept the Wallace retainer. CN learned this only when it was served with the statement of claim on January 9, 2009. Between December 5, 2008, and January 15, 2009, various McKercher partners hastily terminated their retainers with CN, except on the real estate file, which was terminated by CN.

[5] Following receipt of the statement of claim, CN applied for an order removing McKercher as solicitor of record for Wallace in the class action against it, on the grounds that the McKercher firm had breached its duty of loyalty to CN by placing itself in a conflict of interest, had improperly terminated its existing CN retainers, and might misuse confidential information gained in the course of the solicitor-client relationship.

[6] The motion judge granted the application, and disqualified McKercher from acting on the Wallace litigation: 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3. He found that the firm had breached the duty of loyalty it owed CN, placing itself in a conflict of interest by accepting the Wallace retainer while acting for CN on other matters. In his view, CN felt an understandable sense of betrayal, which substantially impaired the McKercher firm's ability to represent CN in the ongoing retainers. Moreover, McKercher had received a unique understanding of the litigation strengths, weaknesses and attitudes of CN; this understanding constituted relevant confidential information. The motion judge concluded that McKercher's violation of the duty of loyalty, in addition to the possession of relevant confidential information, made disqualification of McKercher as counsel on the Wallace action an appropriate remedy.

appel que le recours intenté par M. Wallace n'avait aucun lien factuel ou juridique avec les mandats en cours que le CN avait confiés à McKercher.

[4] Le cabinet McKercher n'a pas informé le CN de son intention d'accepter le mandat de M. Wallace. Le CN ne l'a appris que lorsque la déclaration lui a été signifiée le 9 janvier 2009. Entre le 5 décembre 2008 et le 15 janvier 2009, des associés de McKercher se sont hâtés d'abandonner les mandats du CN, sauf le mandat relatif à l'achat d'un immeuble, auquel le CN a mis fin lui-même.

[5] Après avoir reçu la déclaration, le CN a demandé une ordonnance écartant McKercher en tant que procureur au dossier de M. Wallace dans le recours collectif intenté contre le CN. Ce dernier soutenait que le cabinet McKercher avait manqué à son devoir de loyauté envers le CN en se plaçant en situation de conflit d'intérêts, qu'il avait irrégulièrement abandonné les mandats en cours que lui avait confiés le CN, et qu'il pourrait utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels obtenus dans le cadre de la relation avocat-client.

[6] Le juge de première instance a accueilli la demande et déclaré McKercher inhabile à occuper dans l'instance introduite par M. Wallace : 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3. Il a conclu que le cabinet avait manqué à son devoir de loyauté envers le CN et s'était placé en situation de conflit d'intérêts en acceptant le mandat de M. Wallace alors qu'il s'occupait d'autres dossiers pour le compte du CN. Selon le juge, la capacité du cabinet McKercher de représenter le CN dans les mandats en cours était sérieusement compromise en raison du sentiment de trahison normal qu'éprouvait le CN. En outre, McKercher avait acquis une connaissance particulière des forces, faiblesses et attitudes du CN envers les litiges. Ces connaissances constituaient des renseignements confidentiels pertinents. Le juge a conclu qu'en raison du manquement de McKercher à son devoir de loyauté envers le CN et des renseignements confidentiels pertinents dont il disposait, l'inhabilité de McKercher à occuper dans le recours intenté par M. Wallace constituait une réparation appropriée.

[7] The Court of Appeal overturned the motion judge's order disqualifying McKercher: 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218. The Court of Appeal found that a general understanding of CN's litigation strengths and weaknesses did not constitute relevant confidential information warranting disqualification. Moreover, it found that McKercher had not breached its duty of loyalty by accepting to act concurrently for Wallace. CN was a large corporate client that was not in a position of vulnerability or dependency with respect to McKercher. As such, its implied consent to McKercher acting for an opposing party in unrelated legal matters could be inferred. However, the Court of Appeal found that McKercher had breached its duty of loyalty towards CN by peremptorily terminating the solicitor-client relationship on its existing files for CN. Nevertheless, disqualification was not an appropriate remedy in this case, since McKercher's continued representation of Wallace created no risk of prejudice to CN. Indeed, the termination of the lawyer-client relationship had effectively put an end to any possibility of prejudice.

[8] The case at hand requires this Court to examine the lawyer's duty of loyalty to his client, and in particular the requirement that a lawyer avoid conflicts of interest. As we held in *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, the general "bright line" rule is that a lawyer, and by extension a law firm, may not concurrently represent clients adverse in interest without obtaining their consent — regardless of whether the client matters are related or unrelated: para. 29. However, when the bright line rule is inapplicable, the question becomes whether the concurrent representation of clients creates a "substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person": *Neil*, at para. 31. This appeal turns on the scope of the bright line rule: Did it apply to McKercher's concurrent representation

[7] La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du juge de première instance déclarant McKercher inhabile à occuper : 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218. Elle a jugé qu'une connaissance générale des forces et faiblesses du CN en matière contentieuse n'équivalait pas à la possession de renseignements confidentiels pertinents justifiant l'inhabilité à occuper. Elle a en outre conclu que McKercher n'avait pas manqué à son devoir de loyauté en acceptant de représenter en même temps M. Wallace. Le CN, une société d'envergure, ne se trouvait pas en situation de vulnérabilité ou de dépendance vis-à-vis de McKercher. On pouvait donc inférer que le CN consentait implicitement à ce que McKercher représente une partie opposée dans d'autres affaires juridiques n'ayant aucun lien avec ses dossiers en cours. La Cour d'appel a toutefois estimé que McKercher avait manqué à son devoir de loyauté envers le CN en mettant fin péremptoirement à la relation avocat-client dans les dossiers en cours que le CN lui avait confiés. Néanmoins, l'inhabilité à occuper ne constituait pas une réparation appropriée en l'espèce puisque le fait que McKercher continue de représenter M. Wallace ne risquait pas de porter préjudice au CN. En fait, toute possibilité de causer un préjudice a effectivement disparu lorsque la relation avocat-client a pris fin.

[8] En l'espèce, notre Cour doit examiner le devoir de loyauté de l'avocat envers son client, et tout particulièrement son obligation d'éviter les conflits d'intérêts. Comme nous l'avons décidé dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, la « ligne de démarcation très nette » est tracée par la règle générale interdisant à l'avocat et, par extension, au cabinet d'avocats, de représenter simultanément des clients aux intérêts opposés sans avoir obtenu leur consentement — que leurs dossiers aient ou non un lien entre eux : par. 29. Toutefois, lorsque cette « règle de la démarcation très nette » ne s'applique pas, il faut se demander si la représentation simultanée de parties opposées pose un « risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat » : *Neil*, par. 31.

of CN and Wallace? Or is the applicable test instead whether the concurrent representation of CN and Wallace created a substantial risk of impaired representation?

[9] In these reasons, I conclude that McKercher's concurrent representation of CN and Wallace fell squarely within the scope of the bright line rule. The bright line rule was engaged by the facts of this case: CN and Wallace were adverse in legal interests; CN has not attempted to tactically abuse the bright line rule; and it was reasonable in the circumstances for CN to expect that McKercher would not concurrently represent a party suing it for \$1.75 billion. McKercher failed to obtain CN's consent to the concurrent representation of Wallace, and consequently breached the bright line rule when it accepted the Wallace retainer.

[10] In addition to its duty to avoid conflicts of interest, a law firm is under a duty of commitment to the client's cause which prevents it from summarily and unexpectedly dropping a client in order to circumvent conflict of interest rules, and a duty of candour which requires the law firm to advise its existing client of all matters relevant to the retainer. I conclude that McKercher's termination of its existing retainers with CN breached its duty of commitment to its client's cause, and its failure to advise CN of its intention to accept the Wallace retainer breached its duty of candour to its client. However, McKercher possessed no relevant confidential information that could be used to prejudice CN.

[11] As regards the appropriate remedy to McKercher's breaches, I conclude that the only concern that would warrant disqualification in this case is the protection of the repute of the administration of justice. A breach of the bright line rule normally attracts the remedy of disqualification. This remains

Le pourvoi concerne la portée de la règle de la démarcation très nette : cette règle s'appliquait-elle à la représentation simultanée du CN et de M. Wallace par McKercher? Ou le critère applicable consiste-t-il plutôt à décider si leur représentation simultanée par le même cabinet d'avocats a créé un risque substantiel de représentation déficiente?

[9] Dans les présents motifs, je conclus que la représentation simultanée du CN et de M. Wallace par McKercher tombait clairement sous le coup de la règle de la démarcation très nette. Cette règle s'applique en raison des faits de l'espèce : le CN et M. Wallace avaient des intérêts juridiques opposés; le CN n'a pas tenté d'abuser tactiquement de la règle et, dans les circonstances, il était raisonnable pour le CN de s'attendre à ce que McKercher ne représente pas simultanément une partie qui la poursuivait pour 1,75 milliard de dollars. McKercher a contrevenu à la règle de la démarcation très nette lorsqu'il a accepté, sans avoir obtenu le consentement du CN, de représenter M. Wallace alors qu'il représentait déjà le CN.

[10] En plus de devoir éviter les conflits d'intérêts, un cabinet d'avocats est tenu de se dévouer à la cause de son client, ce qui l'empêche de laisser tomber un client de façon expéditive et inattendue afin de contourner les règles relatives au conflit d'intérêts, et il a un devoir de franchise qui l'oblige à informer son client actuel de toutes les questions relatives au mandat. Je conclus que McKercher a manqué à son devoir de dévouement à la cause de son client en abandonnant les mandats en cours que lui avait confiés le CN, de même qu'à son devoir de franchise envers son client en n'avisant pas le CN de son intention d'accepter le mandat de M. Wallace. Toutefois, McKercher n'avait en sa possession aucun renseignement confidentiel pertinent susceptible de porter préjudice au CN.

[11] Concernant la réparation appropriée à l'égard des manquements de McKercher, je conclus que la protection de la considération dont jouit l'administration de la justice constitue la seule préoccupation qui justifierait en l'espèce une déclaration d'inhabilité à occuper. Une violation de

true even if the lawyer-client relationship is terminated subsequent to the breach. However, certain factors may militate against disqualification, and they must be taken into consideration. As the motion judge did not have the benefit of these reasons, I would remit the matter to the Queen's Bench for redetermination in accordance with them.

II. Issues

[12] The appeal raises the following issues:

- A. The Role of the Courts in Resolving Conflicts Issues
- B. The Governing Principles
- C. Application of the Principles
- D. The Appropriate Remedy

III. Analysis

A. *The Role of the Courts in Resolving Conflicts Issues*

[13] Courts of inherent jurisdiction have supervisory power over litigation brought before them. Lawyers are officers of the court and are bound to conduct their business as the court directs. When issues arise as to whether a lawyer may act for a particular client in litigation, it falls to the court to resolve those issues. The courts' purpose in exercising their supervisory powers over lawyers has traditionally been to protect clients from prejudice and to preserve the repute of the administration of justice, not to discipline or punish lawyers.

[14] In addition to their supervisory role over court proceedings, courts develop the fiduciary principles that govern lawyers in their duties to

la règle de la démarcation très nette appelle normalement une déclaration d'inhabilité à occuper, et ce, même s'il est mis fin à la relation avocat-client après le manquement. Toutefois, certains facteurs peuvent militer contre la déclaration d'inhabilité à occuper, et ces facteurs doivent être pris en considération. Puisque le juge saisi de la requête ne pouvait bénéficier des présents motifs, je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour réexamen conformément à ceux-ci.

II. Questions en litige

[12] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. Le rôle des tribunaux dans la résolution des conflits d'intérêts
- B. Les principes pertinents
- C. L'application des principes
- D. La réparation à accorder

III. Analyse

A. *Le rôle des tribunaux dans la résolution des conflits d'intérêts*

[13] Les tribunaux investis d'une compétence inhérente disposent du pouvoir de surveiller la conduite des litiges dont ils sont saisis. Les avocats sont des auxiliaires de justice et sont tenus, dans l'exercice de leurs activités, de suivre les instructions du tribunal. Lorsque la représentation d'un client en particulier par un avocat dans une instance soulève des questions, il appartient au tribunal de trancher ces questions. Dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance à l'endroit des avocats, les tribunaux ont habituellement pour objectif d'éviter tout préjudice aux clients et de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice, mais pas de punir les avocats ou de leur imposer des sanctions disciplinaires.

[14] En plus de superviser le déroulement des instances, les tribunaux développent les principes en matière fiduciaire qui régissent les obligations

clients. Solicitor-client privilege has been a frequent subject of court consideration, for example.

[15] The inherent power of courts to resolve issues of conflicts in cases that may come before them is not to be confused with the powers that the legislatures confer on law societies to establish regulations for their members, who form a self-governing profession: *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at p. 1244. The purpose of law society regulation is to establish general rules applicable to all members to ensure ethical conduct, protect the public and discipline lawyers who breach the rules — in short, the good governance of the profession.

[16] Both the courts and law societies are involved in resolving issues relating to conflicts of interest — the courts from the perspective of the proper administration of justice, the law societies from the perspective of good governance of the profession: see *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331. In exercising their respective powers, each may properly have regard for the other's views. Yet each must discharge its unique role. Law societies are not prevented from adopting stricter rules than those applied by the courts in their supervisory role. Nor are courts in their supervisory role bound by the letter of law society rules, although “an expression of a professional standard in a code of ethics . . . should be considered an important statement of public policy”: *Martin*, at p. 1246.

[17] In recent years the Canadian Bar Association and the Federation of Law Societies of Canada have worked toward common conflict rules applicable across Canada. However, they have been unable to agree on their precise form: see, for example, A. Dodek, “Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada” (2011), 14 *Legal Ethics* 193. That debate was transported into the proceedings before us, each of these interveners asking

de l’avocat envers son client. Par exemple, les tribunaux se sont souvent penchés sur le secret professionnel de l’avocat.

[15] Il ne faut pas confondre le pouvoir inhérent à tout tribunal de résoudre les conflits d’intérêts dans les affaires qui lui sont soumises et les pouvoirs que les législateurs confèrent aux barreaux d’établir des règles applicables à leurs membres, qui forment une profession autonome : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1244. Les règles du barreau se veulent des règles générales applicables à tous les membres pour assurer l’éthique professionnelle, protéger le public et imposer des sanctions disciplinaires aux avocats qui enfreignent les règles — en bref, ces règles assurent le bon encadrement de la profession.

[16] Les tribunaux et les barreaux participent au règlement des questions qui se rapportent aux conflits d’intérêts — du point de vue de la bonne administration de la justice dans le cas des tribunaux, et pour les barreaux, du point de vue du bon encadrement de la profession : voir *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331. Dans l’exercice de ces pouvoirs respectifs, chacun d’eux peut, avec raison, tenir compte des avis de l’autre. Toutefois, chacun doit s’acquitter de la fonction qui lui est propre. Rien n’empêche les barreaux d’établir des règles plus strictes que celles appliquées par les tribunaux dans l’exercice de leur fonction de surveillance. Les tribunaux ne sont pas non plus tenus, dans l’exercice de cette fonction de surveillance, de respecter à la lettre les règles du barreau, bien que « les normes exposées dans un [. . .] code [de déontologie] [. . .] doivent être considérées comme un important énoncé de principes » : *Martin*, p. 1246.

[17] Ces dernières années, l’Association du Barreau canadien et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ont œuvré à l’établissement de règles communes en matière de conflits d’intérêts applicables partout au Canada, mais elles ne sont pas parvenues à s’entendre sur le contenu précis de ces règles : voir, par exemple, A. Dodek, « Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada » (2011), 14

this Court to endorse their approach. While the court is properly informed by views put forward, the role of this Court is not to mediate the debate. Ours is the more modest task of determining which principles should apply in a case such as this, from the perspective of what is required for the proper administration of justice.

[18] Against this backdrop, I now turn to examine the principles that govern this appeal.

B. *The Governing Principles*

[19] A lawyer, and by extension a law firm, owes a duty of loyalty to clients. This duty has three salient dimensions: (1) a duty to avoid conflicting interests; (2) a duty of commitment to the client's cause; and (3) a duty of candour: *Neil*, at para. 19. I will consider each in turn.

1. Avoiding Conflicts of Interest

(a) *English Origins*

[20] Canada's law of conflicts as administered by the courts is based on precedents rooted in the English jurisprudence. Traditionally, the main concern was that clients not suffer prejudice from a lawyer's representation — at the same time or sequentially — of parties adverse in interest. Disqualification of a lawyer from a case was reserved for situations where there was a real risk of harm to the client, as opposed to a theoretical possibility of harm: see, for example, *Cholmondeley v. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno v. Thorp* (1821), Jacob 300, 37 E.R. 864; *Taylor v. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401. The rule was not absolute or "bright line", but pragmatic. Courts looked to the circumstances of each case and sought to determine whether it was realistic to conclude that the client would suffer some form of harm. Fletcher Moulton L.J.'s statement in *Rakusen v. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831

Legal Ethics 193. Ce débat s'est poursuivi devant nous, chacune de ces intervenantes demandant à notre Cour de se rallier à son point de vue. Notre Cour tient compte à juste titre des avis exprimés, mais il ne lui appartient pas d'animer le débat. Elle doit plutôt s'acquitter de la tâche plus humble de déterminer les principes qui doivent s'appliquer dans un cas comme celui qui nous occupe, et ce, dans l'optique de ce que requiert la bonne administration de la justice.

[18] C'est sur cette toile de fond que je me penche maintenant sur les principes applicables en l'espèce.

B. *Les principes pertinents*

[19] L'avocat et, par extension, le cabinet d'avocats, ont envers leurs clients un devoir de loyauté qui comporte les trois aspects principaux suivants : (1) le devoir d'éviter les conflits d'intérêts; (2) le devoir de dévouement à la cause du client; (3) le devoir de franchise : *Neil*, par. 19. J'examinerai tour à tour chacun d'eux.

1. Éviter les conflits d'intérêts

a) *Les origines anglaises*

[20] Au Canada, le droit des conflits d'intérêts appliqué par les tribunaux repose sur des précédents qui trouvent leur source dans la jurisprudence anglaise. On cherchait par tradition à éviter que les clients subissent un préjudice du fait qu'un avocat représente — en même temps ou consécutivement — des parties aux intérêts opposés. L'avocat n'était déclaré inhabile à occuper que dans les cas où il existait un véritable risque de préjudice pour le client plutôt qu'une possibilité théorique de préjudice : voir, par exemple, *Cholmondeley c. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno c. Thorp* (1821), Jacob 300, 37 E.R. 864; *Taylor c. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401. Cette règle n'était pas absolue et ne constituait pas une « démarcation très nette »; il s'agissait d'une règle pragmatique. Les tribunaux examinaient les circonstances propres à chaque affaire et cherchaient à déterminer si l'on pouvait

(C.A.), catches the flavour of the English common law approach:

As a general rule the Court will not interfere unless there be a case where mischief is rightly anticipated. . . . [W]here there is such a probability of mischief that the Court feels that, in its duty as holding the balance between the high standard of behaviour which it requires of its officers and the practical necessities of life, it ought to interfere and say that a solicitor shall not act. Now in the present case there is an absolute absence of any reasonable probability of any mischief whatever. [p. 841]

(b) *The Martin Test: A Focus on Risk of Prejudice and Balancing of Values*

[21] In the *Martin* case, this Court (*per* Sopinka J.) adopted the English common law's focus on protecting the client from real risks of harm, although it diverged from some of the English case law with respect to the exact level of risk that should attract the conflicts rule. The issue in *Martin* was whether a law firm should be disqualified from acting against a party because a lawyer in the firm had received relevant confidential information in the course of her prior work for that party. As will be discussed further below, the Court held that a firm cannot be disqualified unless there is a risk of prejudice to the client, although in some cases the client benefits from a presumption of risk of prejudice: pp. 1260-61.

[22] In addition to retaining an emphasis on risk of prejudice to the client, the Court concluded in *Martin* that an effective and fair conflicts rule must strike an appropriate balance between conflicting values. On the one hand stands the high repute of the legal profession and the administration of justice. On the other hand stand the values of allowing the client's choice of counsel and permitting reasonable mobility in the legal profession. The realities of large

conclure de façon réaliste que le client subirait un quelconque préjudice. L'affirmation suivante du lord juge Fletcher Moulton dans *Rakusen c. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831 (C.A.), saisit l'essence de l'approche adoptée dans la jurisprudence anglaise :

[TRADUCTION] En règle générale, le tribunal n'interviendra pas, sauf si un préjudice est prévu avec raison. [. . .] [E]n cas de probabilité de préjudice telle que le tribunal estime, dans l'exercice de son devoir de pondérer la norme exigeante de conduite qu'il impose à ses auxiliaires et les nécessités pratiques de la vie, qu'il devrait intervenir, il doit le faire et interdire à un avocat d'occuper pour un client. En l'espèce, il n'y a pas la moindre probabilité raisonnable de préjudice. [p. 841]

b) *Le critère de l'arrêt Martin : une analyse axée sur le risque de préjudice et la pondération des valeurs*

[21] Dans l'arrêt *Martin*, notre Cour (sous la plume du juge Sopinka) a adopté l'objectif de la jurisprudence anglaise de soustraire le client au risque véritable de préjudice, mais elle s'est dissociée de certaines décisions anglaises quant au degré précis de risque qui devrait commander l'application de la règle en matière de conflits d'intérêts. Dans l'affaire *Martin*, il s'agissait de savoir si un cabinet d'avocats devait être déclaré inhabile à agir contre une partie parce qu'une avocate de ce cabinet avait appris des faits confidentiels pertinents dans l'exercice de ses fonctions pour le compte de cette partie. Comme je l'expliquerai davantage plus loin, la Cour a décidé qu'un cabinet d'avocats ne peut être déclaré inhabile à occuper, sauf s'il existe un risque de préjudice pour le client, bien que ce dernier bénéficie, dans certains cas, d'une présomption de risque de préjudice : p. 1260-1261.

[22] En plus de conserver l'accent sur le risque de préjudice pour le client, la Cour a conclu dans *Martin* qu'une règle efficace et équitable en matière de conflits d'intérêts doit établir un juste équilibre entre des valeurs opposées. D'un côté, il y a la haute considération dont jouissent la profession d'avocat et l'administration de la justice. De l'autre, il y a l'importance de laisser au client le choix de son avocat, et de permettre une mobilité raisonnable

law firms and litigants who pick and choose between them must be factored into the balance. As was the case in the English common law, the Court declined to endorse broad rules that are not context-sensitive.

(c) *Types of Prejudice Addressed by Conflict of Interest Rules*

[23] The law of conflicts is mainly concerned with two types of prejudice: prejudice as a result of the lawyer's misuse of confidential information obtained from a client; and prejudice arising where the lawyer "soft peddles" his representation of a client in order to serve his own interests, those of another client, or those of a third person. As regards these concerns, the law distinguishes between former clients and current clients. The lawyer's main duty to a former client is to refrain from misusing confidential information. With respect to a current client, for whom representation is ongoing, the lawyer must neither misuse confidential information, nor place himself in a situation that jeopardizes effective representation. I will examine each of these aspects of the conflicts rule in turn.

(d) *Confidential Information*

[24] The first major concern addressed by the duty to avoid conflicting interests is the misuse of confidential information. The duty to avoid conflicts reinforces the lawyer's duty of confidentiality — which is a distinct duty — by preventing situations that carry a heightened risk of a breach of confidentiality. A lawyer cannot act in a matter where he may use confidential information obtained from a former or current client to the detriment of that client. A two-part test is applied to determine whether the new matter will place the lawyer in a conflict of interest: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of that client?: *Martin*, at p. 1260. If the lawyer's new retainer is "sufficiently related" to the matters

au sein de cette profession. Il faut mettre en balance les réalités des grands cabinets d'avocats et des parties qui choisissent l'un d'entre eux. À l'instar des tribunaux anglais, la Cour a refusé d'approuver des règles générales qui ne tiennent pas compte du contexte en présence.

c) *Les types de préjudice visés par les règles en matière de conflits d'intérêts*

[23] Le droit relatif aux conflits d'intérêts cible surtout deux types de préjudice : celui découlant de l'utilisation à mauvais escient, par l'avocat, des renseignements confidentiels qu'il a obtenus d'un client; et celui causé lorsque l'avocat « met une sourdine » à la représentation de son client dans ses propres intérêts, ceux d'un autre client ou ceux d'un tiers. Pour ce qui est de ces préoccupations, le droit établit une distinction entre les anciens clients et les clients actuels. Le principal devoir de l'avocat envers un ancien client est de s'abstenir d'utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels. Quant au client actuel qu'il représente toujours, l'avocat ne doit ni utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels, ni se placer dans une situation où sa représentation efficace est compromise. J'examinerai tour à tour chacun de ces aspects de la règle applicable aux conflits d'intérêts.

d) *Les renseignements confidentiels*

[24] La prévention de l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels constitue la première considération importante visée par le devoir d'éviter les conflits d'intérêts. Ce devoir renforce le devoir de confidentialité de l'avocat — un devoir distinct — en prévenant les situations comportant un risque élevé de manquement à la confidentialité. Un avocat ne peut agir dans un dossier dans lequel il peut utiliser des renseignements confidentiels obtenus d'un ancien client ou d'un client actuel au détriment de ce client. On applique un critère à deux volets pour déterminer si le nouveau dossier placera l'avocat en situation de conflit d'intérêts : (1) L'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? (2) Y a-t-il un risque que ces renseignements

on which he or she worked for the former client, a rebuttable presumption arises that the lawyer possesses confidential information that raises a risk of prejudice: p. 1260.

(e) *Effective Representation*

[25] The second main concern, which arises with respect to current clients, is that the lawyer be an effective representative — that he serve as a zealous advocate for the interests of his client. The lawyer must refrain “from being in a position where it will be systematically unclear whether he performed his fiduciary duty to act in what he perceived to be the best interests” of his client: D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at p. 968. As the oft-cited Lord Brougham said, “an advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client”: *Trial of Queen Caroline* (1821), by J. Nightingale, vol. II, The Defence, Part I, at p. 8.

[26] Effective representation may be threatened in situations where the lawyer is tempted to prefer other interests over those of his client: the lawyer’s own interests, those of a current client, of a former client, or of a third person: *Neil*, at para. 31. This appeal concerns the risk to effective representation that arises when a lawyer acts concurrently in different matters for clients whose immediate interests in those matters are directly adverse. This Court has held that concurrent representation of clients directly adverse in interest attracts a clear prohibition: the bright line rule.

(f) *The Bright Line Rule*

[27] In *Neil*, this Court (*per* Binnie J.) stated that a lawyer may not represent a client in one matter while representing that client’s adversary in another matter, unless both clients provide their informed consent. Binnie J. articulated the rule thus:

soient utilisés au détriment du client? : *Martin*, p. 1260. L’existence d’une « connexité suffisante » entre le nouveau mandat de l’avocat et les dossiers auxquels il a travaillé pour le compte de l’ancien client fait intervenir une présomption réfutable que l’avocat dispose de renseignements confidentiels susceptibles de causer un préjudice : p. 1260.

e) *La représentation efficace*

[25] Selon la deuxième considération importante, qui concerne les clients actuels, l’avocat doit être un représentant efficace — il doit défendre avec zèle les intérêts de son client. L’avocat doit éviter [TRADUCTION] « de se trouver dans une situation où l’on ne sait jamais s’il s’est acquitté de son obligation fiduciaire d’agir dans ce qui lui semble être l’intérêt » de son client : D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 968. Suivant le propos de lord Brougham, cité à maintes reprises, [TRADUCTION] « l’avocat, dans l’accomplissement de son devoir, ne connaît qu’une personne au monde et cette personne est son client » : *Trial of Queen Caroline* (1821), par J. Nightingale, vol. II, The Defence, partie I, p. 8.

[26] La représentation efficace peut être compromise lorsque l’avocat est tenté de privilégier des intérêts autres que ceux de son client : ses propres intérêts, ceux d’un autre client actuel, d’un ancien client ou d’un tiers : *Neil*, par. 31. Le pourvoi qui nous occupe porte sur le risque qui se pose pour la représentation efficace lorsqu’un avocat occupe en même temps dans différents dossiers pour des clients dont les intérêts immédiats s’opposent directement dans ces mêmes dossiers. Notre Cour a décidé que la représentation simultanée de clients aux intérêts opposés est frappée d’une interdiction claire : la règle de la démarcation très nette.

f) *La règle de la démarcation très nette*

[27] Notre Cour (sous la plume du juge Binnie) a affirmé dans *Neil* qu’un avocat ne saurait représenter un client dans un dossier tout en représentant l’adversaire de ce client dans un autre dossier, sauf si les deux clients y consentent de manière éclairée. Le juge Binnie a formulé ainsi cette règle :

The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — *even if the two mandates are unrelated* — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other. [Emphasis in original; para. 29]

[28] The rule expressly applies to both related *and* unrelated matters. It is possible to argue that a blanket prohibition against concurrent representation is not warranted with respect to unrelated matters, where the concrete duties owed by the lawyer to each client may not actually enter into conflict. However, the rule provides a number of advantages. It is clear. It recognizes that it is difficult — often impossible — for a lawyer or law firm to neatly compartmentalize the interests of different clients when those interests are fundamentally adverse. Finally, it reflects the fact that the lawyer-client relationship is a relationship based on trust. The reality is that “the client’s faith in the lawyer’s loyalty to the client’s interests will be severely tried whenever the lawyer must be loyal to another client whose interests are materially adverse”: *Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, § 128(2), at p. 339.

[29] The parties and interveners to this appeal disagreed over the substance of the bright line rule. It was variously suggested that the bright line rule is only a rebuttable presumption of conflict, that it does not apply to unrelated matters, and that it attracts a balancing of various circumstantial factors that may give rise to a conflict. These suggestions must be rejected. Where applicable, the bright line rule prohibits concurrent representation. It does not invite further considerations. As Binnie J. stated in *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, “[t]he ‘bright line’ rule is the product of the balancing of interests not the gateway to further internal balancing”: para. 51. To turn

Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d’un autre client actuel — *même si les deux mandats n’ont aucun rapport entre eux* — à moins que les deux clients n’y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l’avocat ou l’avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l’autre. [Italiques dans l’original; par. 29]

[28] La règle s’applique expressément aux dossiers ayant un lien entre eux *et* à ceux qui n’en ont pas. On peut soutenir qu’il n’est pas justifié d’interdire totalement la représentation simultanée de parties adverses dans des dossiers n’ayant aucun lien entre eux en l’absence d’une véritable possibilité de conflit entre les devoirs que l’avocat a concrètement envers chacun des clients. Cette règle présente toutefois plusieurs avantages. Elle est claire. Elle reconnaît qu’il est difficile — et souvent impossible — pour l’avocat ou le cabinet d’avocats de cloisonner nettement les intérêts fondamentalement opposés de différents clients. Enfin, cette règle s’accorde avec le fait que la relation avocat-client repose sur la confiance. Le fait est que [TRADUCTION] « la foi du client dans la loyauté de l’avocat envers ses intérêts sera sérieusement ébranlée dès lors que l’avocat doit faire preuve de loyauté envers un autre client aux intérêts sensiblement opposés » : *Restatement of the Law, Third : The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, § 128(2), p. 339.

[29] Les parties et les intervenantes en l’espèce ne s’entendent pas sur la teneur de la règle de la démarcation très nette. Divers arguments ont été avancés : la règle de la démarcation très nette n’est qu’une présomption réfutable de conflit; elle ne s’applique pas si les dossiers n’ont aucun lien entre eux; elle commande une pondération de divers facteurs circonstanciels qui peuvent donner lieu à un conflit. Il faut rejeter ces prétentions. Si elle s’applique, la règle de la démarcation très nette interdit la représentation simultanée de clients. Elle ne suppose pas la prise en compte d’autres considérations. Comme l’a dit le juge Binnie dans *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007

the rule into a rebuttable presumption or a balancing exercise would be tantamount to overruling *Neil* and *Strother*. I am not persuaded that it would be appropriate here to depart from the rule of precedent.

[30] However, the bright line rule is not a rule of unlimited application. The real issue raised by this appeal is the scope of the rule. I now turn to this issue.

(g) *The Scope of the Bright Line Rule*

[31] The bright line rule holds that a law firm cannot act for a client whose interests are adverse to those of another existing client, unless both clients consent. It applies regardless of whether the client matters are related or unrelated. The rule is based on “the inescapable conflict of interest which is inherent” in some situations of concurrent representation: *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), at p. 235, cited in *Neil*, at para. 27. It reflects the essence of the fiduciary’s duty of loyalty: “. . . a fiduciary cannot act at the same time both for and against the same client, and his firm is in no better position”: *Bolkiah*, at p. 234.

[32] However, *Neil* and *Strother* make it clear that the scope of the rule is not unlimited. The rule applies where the *immediate legal* interests of clients are *directly* adverse. It does not apply to condone tactical abuses. And it does not apply in circumstances where it is unreasonable to expect that the lawyer will not concurrently represent adverse parties in unrelated legal matters. The limited scope of application of the rule is illustrated by *Neil* and *Strother*. This Court found the bright line rule to be inapplicable to the facts of both of those cases, and instead examined whether there

CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, « [l]a règle de la “démarcation très nette” est le fruit de la mise en balance d’intérêts et non un mécanisme qui donne ouverture à une autre mise en balance interne » : par. 51. Transformer cette règle en une présomption réfutable ou en un exercice de mise en balance reviendrait à infirmer les arrêts *Neil* et *Strother*. Je ne suis pas convaincue qu’il convienne en l’espèce de déroger au respect des précédents.

[30] La règle de la démarcation très nette n’est toutefois pas une règle d’application illimitée. La portée de la règle constitue la véritable question qui se pose en l’espèce et j’aborde maintenant cette question.

g) *La portée de la règle de la démarcation très nette*

[31] Selon la règle de la démarcation très nette, un cabinet d’avocats ne peut occuper pour un client dont les intérêts s’opposent à ceux d’un autre client actuel, sauf si les deux clients y consentent. La règle s’applique peu importe que les dossiers des clients aient ou non un lien entre eux. Cette règle repose sur [TRADUCTION] « l’inévitable conflit d’intérêts inhérent » à certains cas de représentation simultanée : *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), p. 235, cité dans *Neil*, par. 27. Elle traduit l’essentiel du devoir de loyauté qu’assume le fiduciaire : [TRADUCTION] « . . . un fiduciaire ne peut agir en même temps à la fois pour et contre un même client, et son cabinet n’est pas en meilleure position » : *Bolkiah*, p. 234.

[32] Toutefois, les arrêts *Neil* et *Strother* indiquent clairement que cette règle n’a pas une portée illimitée. Elle s’applique lorsque les intérêts *juridiques immédiats* des clients s’opposent *directement*. Son application ne vise pas à sanctionner les abus tactiques. Et elle ne s’applique pas dans les cas où il est déraisonnable de s’attendre à ce que l’avocat ne représente pas simultanément des parties adverses dans des dossiers juridiques n’ayant aucun lien entre eux. Les arrêts *Neil* et *Strother* illustrent l’application limitée de la règle. Notre Cour a conclu que la règle de la démarcation

was a substantial risk of impaired representation: *Neil*, at para. 31; *Strother*, at para. 54.

[33] First, the bright line rule applies only where the *immediate* interests of clients are *directly* adverse in the matters on which the lawyer is acting. In *Neil*, a law firm was concurrently representing Mr. Neil in criminal proceedings and Ms. Lambert in divorce proceedings, when it was foreseeable that Lambert would eventually become Neil's co-accused in the criminal proceedings. The lawyer representing Lambert in the divorce proceedings began to gather information that he could eventually use against Neil. The law firm also encouraged another one of its clients, Mr. Doblanko, to report criminal actions by Neil to the police. The goal was to mount a "cut-throat" defence for Lambert in the criminal case, painting her as an innocent dupe who had been manipulated by Neil.

[34] This Court did not apply the bright line rule to the facts in *Neil*, because of the nature of the conflict. Neither Neil and Lambert, nor Neil and Doblanko, were *directly* adverse to one another in the legal matters on which the law firm represented them. Neil was not a party to Lambert's divorce, nor to any action in which Doblanko was involved. The adversity of interests was *indirect*: it stemmed from the strategic linkage between the matters, rather than from Neil being directly pitted against Lambert or Doblanko in either of the matters.

[35] Second, the bright line rule applies only when clients are adverse in *legal* interest. The main area of application of the bright line rule is in civil and criminal proceedings. *Neil* and *Strother* illustrate this limitation. The interests in *Neil* were not legal, but rather strategic. In *Strother*, they were commercial:

très nette ne s'appliquait pas aux faits de ces deux affaires, et s'est plutôt demandé s'il existait un risque substantiel de représentation déficiente : *Neil*, par. 31; *Strother*, par. 54.

[33] Premièrement, la règle de la démarcation très nette s'applique uniquement lorsque les intérêts *immédiats* des clients s'opposent *directement* dans les dossiers où occupe l'avocat. Dans l'affaire *Neil*, un cabinet d'avocats représentait simultanément M. Neil dans un procès criminel et M^{me} Lambert dans une instance de divorce alors qu'il était prévisible que M^{me} Lambert deviendrait éventuellement la coaccusée de M. Neil dans le procès criminel. L'avocat de M^{me} Lambert dans l'instance de divorce a commencé à recueillir des renseignements qu'il pourrait éventuellement utiliser contre M. Neil. En outre, le cabinet d'avocats a incité un autre de ses clients, M. Doblanko, à signaler aux policiers des actes criminels commis par M. Neil. L'objectif consistait à présenter une « défense traîtresse » en faveur de M^{me} Lambert dans l'instance pénale en dépeignant celle-ci comme une personne innocente qui avait été dupée et manipulée par M. Neil.

[34] Notre Cour n'a pas appliqué la règle de la démarcation très nette aux faits de l'affaire *Neil* en raison de la nature du conflit. Ni M. Neil et M^{me} Lambert, ni M. Neil et Doblanko n'étaient des adversaires *directs* dans les dossiers juridiques où le cabinet d'avocats les représentait. M. Neil n'était partie ni au divorce de M^{me} Lambert, ni à une procédure à laquelle avait participé M. Doblanko. Les intérêts s'opposaient *indirectement* : cette opposition découlait du lien stratégique entre les dossiers plutôt que d'une confrontation directe entre M. Neil et M^{me} Lambert ou M. Doblanko dans l'un ou l'autre de ces dossiers.

[35] Deuxièmement, la règle de la démarcation très nette ne s'applique que dans le cas de clients aux intérêts *juridiques* opposés. Elle s'applique principalement dans les instances civiles et criminelles. Les arrêts *Neil* et *Strother* font ressortir cette limite. Les intérêts en jeu dans *Neil* étaient de nature stratégique plutôt que juridique. Ils étaient d'ordre commercial dans *Strother* :

. . . the conflict of interest principles do not generally preclude a law firm or lawyer from acting concurrently for different clients who are in the same line of business, or who compete with each other for business. . . .

The clients' respective "interests" that require the protection of the duty of loyalty have to do with the practice of law, not commercial prosperity. Here the alleged "adversity" between concurrent clients related to business matters. [paras. 54-55, *per* Binnie J.]

[36] Third, the bright line rule cannot be successfully raised by a party who seeks to abuse it. In some circumstances, a party may seek to rely on the bright line rule in a manner that is "tactical rather than principled": *Neil*, at para. 28. The possibility of tactical abuse is especially high in the case of institutional clients dealing with large national law firms. Indeed, institutional clients have the resources to retain a significant number of firms, and the retention of a single partner in any Canadian city can disqualify all other lawyers within the firm nation-wide from acting against that client. As Binnie J. remarked,

[i]n an era of national firms and a rising turnover of lawyers, especially at the less senior levels, the imposition of exaggerated and unnecessary client loyalty demands, spread across many offices and lawyers who in fact have no knowledge whatsoever of the client or its particular affairs, may promote form at the expense of substance, and tactical advantage instead of legitimate protection. [Emphasis added; para. 15.]

Thus, clients who intentionally create situations that will engage the bright line rule, as a means of depriving adversaries of their choice of counsel, forfeit the benefit of the rule. Indeed, institutional clients should not spread their retainers among scores of leading law firms in a purposeful attempt to create potential conflicts.

. . . les principes applicables en matière de conflit d'intérêts n'empêchent généralement pas un cabinet d'avocats ou un avocat de représenter simultanément différents clients qui œuvrent dans le même secteur d'activités ou qui se font concurrence. . . .

Les « intérêts » respectifs des clients qui requièrent la protection du devoir de loyauté concernent la pratique du droit et non la prospérité commerciale. En l'espèce, la présumée « opposition » entre des clients concurrents portait sur des questions commerciales. [par. 54-55, le juge Binnie]

[36] Troisièmement, la règle de la démarcation très nette ne peut être invoquée avec succès par une partie qui cherche à en abuser. Dans certaines circonstances, une partie peut chercher à invoquer cette règle d'une manière qui tient à des considérations de « tactique plutôt que de principe » : *Neil*, par. 28. La possibilité d'abus tactiques est particulièrement élevée dans le cas de clients institutionnels qui font affaire avec de grands cabinets d'avocats nationaux. En effet, ces clients ont les moyens de retenir les services d'un nombre important de cabinets, et le recours, par un de ces clients, aux services d'un seul associé dans une ville canadienne peut empêcher tous les autres avocats du cabinet au Canada d'agir contre lui. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie,

[e]n cette ère de cabinets d'envergure nationale et de roulement élevé des avocats, surtout aux niveaux inférieurs, il se peut que l'imposition d'exigences exagérées et inutiles quant à la loyauté envers le client, réparties entre un grand nombre de cabinets et d'avocats qui ne connaissent, en fait, aucunement le client ni ses affaires particulières, privilégie la forme au détriment du contenu et l'avantage tactique plutôt que la protection légitime. [Je souligne; par. 15.]

Par conséquent, les clients qui créent volontairement des situations où la règle de la démarcation très nette entre en jeu pour priver des adversaires de leur choix d'un avocat renoncent au bénéfice de la règle. En fait, les clients institutionnels ne devraient pas répartir leurs mandats parmi une multitude de grands cabinets d'avocats pour tenter délibérément de susciter des conflits d'intérêts.

[37] Finally, the bright line rule does not apply in circumstances where it is unreasonable for a client to expect that its law firm will not act against it in unrelated matters. In *Neil*, Binnie J. gave the example of “professional litigants” whose consent to concurrent representation of adverse legal interests can be inferred:

In exceptional cases, consent of the client may be inferred. For example, governments generally accept that private practitioners who do their civil or criminal work will act against them in unrelated matters, and a contrary position in a particular case may, depending on the circumstances, be seen as tactical rather than principled. Chartered banks and entities that could be described as professional litigants may have a similarly broad-minded attitude where the matters are sufficiently unrelated that there is no danger of confidential information being abused. These exceptional cases are explained by the notion of informed consent, express or implied. [para. 28]

In some cases, it is simply not reasonable for a client to claim that it expected a law firm to owe it exclusive loyalty and to refrain from acting against it in unrelated matters. As Binnie J. stated in *Neil*, these cases are the exception, rather than the norm. Factors such as the nature of the relationship between the law firm and the client, the terms of the retainer, as well as the types of matters involved, may be relevant to consider when determining whether there was a reasonable expectation that the law firm would not act against the client in unrelated matters. Ultimately, courts must conduct a case-by-case assessment, and set aside the bright line rule when it appears that a client could not reasonably expect its application.

[37] Enfin, la règle de la démarcation très nette ne s’applique pas lorsqu’il est déraisonnable pour un client de s’attendre à ce que son cabinet d’avocats n’agisse pas contre lui dans des dossiers sans lien avec le sien. Dans *Neil*, le juge Binnie a donné l’exemple des « plaideurs d’habitude » dont on peut déduire le consentement à la représentation simultanée de clients aux intérêts juridiques opposés :

Dans des cas exceptionnels, il est possible de déduire qu’il y a eu consentement du client. Ainsi, les gouvernements reconnaissent généralement que les avocats en cabinet privé qui les représentent au civil ou au criminel agiront contre eux dans le cadre d’affaires qui n’ont aucun rapport avec ces mandats; une position contraire adoptée dans un cas particulier pourra, selon les circonstances, être considérée comme liée à des considérations de tactique plutôt que de principe. Les banques à charte, tout comme les entités qu’on pourrait qualifier de plaideurs d’habitude, peuvent faire preuve d’une ouverture d’esprit semblable dans des affaires qui sont si peu reliées entre elles que le risque d’utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels est inexistant. Ces cas exceptionnels s’expliquent par la notion de consentement éclairé, exprès ou implicite. [par. 28]

Dans certains cas, il n’est tout simplement pas raisonnable pour un client de prétendre qu’il s’attendait à ce que son cabinet d’avocats lui doive une loyauté sans partage et s’abstienne d’agir contre lui dans des dossiers sans lien avec le sien. Comme l’a mentionné le juge Binnie dans *Neil*, les situations de ce genre forment l’exception plutôt que la règle. Il peut être utile de prendre en considération des facteurs comme la nature de la relation entre le cabinet d’avocats et son client, les modalités du mandat ainsi que les types de dossier en jeu pour décider s’il était raisonnable de s’attendre à ce que le cabinet d’avocats n’agisse pas contre le client dans des dossiers sans lien avec le sien. En dernière analyse, les tribunaux doivent examiner cette question au cas par cas et écarter l’application de la règle de la démarcation très nette lorsqu’il apparaît qu’un client ne peut s’attendre raisonnablement à ce qu’elle s’applique.

(h) *The Substantial Risk Principle*

[38] When a situation falls outside the scope of the bright line rule for any of the reasons discussed above, the question becomes whether the concurrent representation of clients creates a substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected. The determination of whether there exists a conflict becomes more contextual, and looks to whether the situation is "liable to create conflicting pressures on judgment" as a result of "the presence of factors which may reasonably be perceived as affecting judgment": Waters, Gillen and Smith, at p. 968. In addition, the onus falls upon the client to establish, on a balance of probabilities, the existence of a conflict — there is only a deemed conflict of interest if the bright line rule applies.

(i) *Practical Implications*

[39] When a law firm is asked to act against an existing client on an unrelated matter, it must determine whether accepting the retainer will breach the bright line rule. It must ask itself whether (i) the immediate *legal* interests of the new client are directly adverse to those of the existing client, (ii) the existing client has sought to exploit the bright line rule in a tactical manner; and (iii) the existing client can reasonably expect that the law firm will not act against it in unrelated matters. In most cases, simultaneously acting for and against a client in legal matters will result in a breach of the bright line rule, with the result that the law firm cannot accept the new retainer unless the clients involved grant their informed consent.

[40] If the law firm concludes that the bright line rule is inapplicable, it must then ask itself whether accepting the new retainer will create a substantial risk of impaired representation. If the answer is no, then the law firm may accept the retainer. In the

h) *Le principe du risque sérieux*

[38] En présence d'une situation qui échappe à la portée de la règle de la démarcation très nette pour l'une ou l'autre des raisons exposées précédemment, il faut se demander si la représentation simultanée de clients risque sérieusement de compromettre l'efficacité de la représentation du client par l'avocat. La détermination de l'existence d'un conflit d'intérêts s'attache alors davantage au contexte et consiste à décider si la situation est [TRADUCTION] « susceptible d'exercer des pressions contradictoires sur le jugement » compte tenu de « la présence de facteurs qui peuvent raisonnablement être perçus comme influençant le jugement » : Waters, Gillen et Smith, p. 968. De plus, il incombe au client d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un conflit d'intérêts — il n'y a une présomption de conflit d'intérêts que si la règle de la démarcation très nette s'applique.

i) *Les conséquences pratiques*

[39] Le cabinet d'avocats auquel on demande d'agir contre son client actuel dans un dossier sans lien avec celui du client doit décider s'il contreviendrait à la règle de la démarcation très nette en acceptant le mandat. Il doit se demander (i) si les intérêts *juridiques* immédiats du client éventuel s'opposent directement à ceux de son client actuel; (ii) si le client actuel a tenté de profiter tactiquement de la règle de la démarcation très nette; et (iii) si le client actuel peut raisonnablement s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers sans lien avec le sien. Dans la plupart des cas, le fait d'agir simultanément pour et contre un même client dans des dossiers juridiques est contraire à la règle de la démarcation très nette, ce qui empêche par conséquent le cabinet d'avocats d'accepter le nouveau mandat, à moins que les clients concernés n'y consentent de manière éclairée.

[40] Si le cabinet d'avocats conclut que la règle de la démarcation très nette ne peut s'appliquer, il doit se demander si l'acceptation du nouveau mandat crée un risque substantiel de représentation déficiente. Dans la négative, le cabinet d'avocats

event that the existing client disagrees with the law firm's assessment, the client may bring a motion before the courts to prevent the firm from continuing to represent the adverse party. In this manner, the courts will be called upon to further develop the contours of the bright line rule, and to ensure that lawyers do not act in matters where they cannot exercise their professional judgment free of conflicting pressures.

(j) *Summary*

[41] The bright line rule is precisely what its name implies: a bright line rule. It cannot be rebutted or otherwise attenuated. It applies to concurrent representation in both related *and* unrelated matters. However, the rule is limited in scope. It applies only where the *immediate* interests of clients are *directly* adverse in the matters on which the lawyer is acting. It applies only to legal — as opposed to commercial or strategic — interests. It cannot be raised tactically. And it does not apply in circumstances where it is unreasonable for a client to expect that a law firm will not act against it in unrelated matters. If a situation falls outside the scope of the rule, the applicable test is whether there is a substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected.

[42] I now turn to the other dimensions of the duty of loyalty which are relevant to the present appeal.

2. The Duty of Commitment to the Client's Cause

[43] The duty of commitment is closely related to the duty to avoid conflicting interests. In fact, the lawyer must avoid conflicting interests precisely so that he can remain committed to the client. Together, these duties ensure “that a divided loyalty does not cause the lawyer to ‘soft peddle’ his or her [representation] of a client out of concern for another client”: *Neil*, at para. 19.

peut accepter le mandat. Le client actuel qui ne partage pas l'avis de son cabinet d'avocats peut demander par requête au tribunal d'empêcher le cabinet de continuer à représenter la partie adverse. Les tribunaux seront ainsi appelés à préciser davantage les limites de la règle de la démarcation très nette et à s'assurer que les avocats n'occupent pas dans des dossiers où ils ne peuvent exercer leur jugement professionnel sans être sujets à des pressions contradictoires.

j) *Résumé*

[41] La règle de la démarcation très nette est précisément ce que son nom indique : une règle prévoyant une ligne de démarcation très nette. Elle ne peut être réfutée ou autrement atténuée. Elle s'applique à la représentation simultanée dans des dossiers ayant un lien entre eux *et* dans les dossiers qui n'en ont pas. Toutefois, sa portée est limitée. Elle s'applique uniquement lorsque les intérêts *immédiats* des clients s'opposent *directement* dans les dossiers où occupe l'avocat. Elle s'applique uniquement aux intérêts juridiques, et non aux intérêts commerciaux ou stratégiques. Elle ne peut être invoquée pour des raisons d'ordre tactique. Et elle ne s'applique pas lorsqu'il est déraisonnable pour un client de s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers n'ayant aucun lien avec le sien. En présence d'une situation qui échappe à la portée de la règle, le critère applicable consiste à se demander s'il existe un risque sérieux que la représentation du client par l'avocat soit affectée de façon appréciable.

[42] Je passe maintenant aux autres aspects du devoir de loyauté qui sont pertinents en l'espèce.

2. Le devoir de dévouement à la cause du client

[43] Le devoir de dévouement est étroitement lié au devoir d'éviter les conflits d'intérêts. En fait, l'avocat doit éviter les conflits d'intérêts justement pour être en mesure de rester dévoué à son client. Ensemble, ces devoirs font en sorte « qu'une situation de loyauté partagée n'incite pas l'avocat à “mettre une sourdine” à la [représentation] de son client par souci d'en ménager un autre » : *Neil*, par. 19.

[44] The duty of commitment prevents the lawyer from undermining the lawyer-client relationship. As a general rule, a lawyer or law firm should not summarily and unexpectedly drop a client simply in order to avoid conflicts of interest with existing or future clients. This is subject to law society rules, which may, for example, allow law firms to end their involvement in a case under the terms of a limited scope retainer: see, for example, Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (online), r. 2.02(6.1) and (6.2); Law Society of Alberta, *Code of Conduct* (online), Commentary to r. 2.01(2); Nova Scotia Barristers' Society, *Code of Professional Conduct* (online), rr. 3.2-1A and 7.2-6A.

3. The Duty of Candour

[45] A lawyer or law firm owes a duty of candour to the client. This requires the law firm to disclose any factors relevant to the lawyer's ability to provide effective representation. As Binnie J. stated in *Strother*, at para. 55: "The thing the lawyer must not do is keep the client in the dark about matters he or she knows to be relevant to the retainer" (emphasis deleted).

[46] It follows that as a general rule a lawyer should advise an existing client before accepting a retainer that will require him to act against the client, even if he considers the situation to fall outside the scope of the bright line rule. At the very least, the existing client may feel that the personal relationship with the lawyer has been damaged and may wish to take its business elsewhere.

[47] I add this. The lawyer's duty of candour towards the existing client must be reconciled with the lawyer's obligation of confidentiality towards his new client. In order to provide full disclosure to the existing client, the lawyer must first obtain the consent of the new client to disclose the existence, nature and scope of the new retainer. If the new client refuses to grant this consent, the lawyer will be unable to fulfill his duty of candour and, consequently, must decline to act for the new client.

[44] Le devoir de dévouement empêche l'avocat de miner sa relation avec son client. En règle générale, un avocat ou un cabinet d'avocats ne devraient pas laisser tomber de façon expéditive et inattendue un client simplement pour éviter des conflits d'intérêts avec des clients actuels ou de futurs clients. Les règles du barreau peuvent toutefois prévoir différemment, par exemple en permettant aux cabinets d'avocats de cesser d'occuper dans un dossier en vertu d'un mandat à portée limitée : voir, par exemple, Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (en ligne), règle 2.02 (6.1) et (6.2); Law Society of Alberta, *Code of Conduct* (en ligne), Commentary to r. 2.01(2); Nova Scotia Barristers' Society, *Code of Professional Conduct* (en ligne), règles 3.2-1A et 7.2-6A.

3. Le devoir de franchise

[45] L'avocat ou le cabinet d'avocats a un devoir de franchise envers son client, ce qui l'oblige à faire part à celui-ci de tout facteur influant sur son aptitude à bien représenter le client. Comme l'a mentionné le juge Binnie dans *Strother*, par. 55, « [c]e que l'avocat doit éviter de faire est de maintenir son client dans l'ignorance au sujet de questions qu'il sait pertinentes quant au mandat » (italiques omis).

[46] Par conséquent, l'avocat doit, en règle générale, informer son client actuel avant d'accepter un mandat qui l'obligera à agir contre ce client, même s'il juge que la situation échappe à la portée de la règle de la démarcation très nette. Le client actuel peut à tout le moins estimer que sa relation avec son avocat s'est dégradée et vouloir retenir les services d'un autre avocat.

[47] J'ajouterai ceci. Il faut concilier le devoir de franchise de l'avocat envers son client actuel avec l'obligation de confidentialité de l'avocat envers un client éventuel. Afin de divulguer à son client actuel tous les renseignements utiles, l'avocat doit d'abord obtenir du client éventuel qu'il consente à la divulgation de l'existence, de la nature et de la portée du nouveau mandat. Si le client éventuel refuse de consentir à la divulgation de ces renseignements, l'avocat ne sera pas en mesure de remplir son devoir de franchise, et il doit donc refuser de représenter le client éventuel.

C. *Application of the Principles*

[48] All three of the duties that flow from the lawyer's duty of loyalty are engaged in this case: the duty to avoid conflicting interests; the duty of commitment to the client's cause; and the duty of candour to the client. I will deal with each in turn.

1. The Duty to Avoid Conflicting Interests

[49] The question here is whether McKercher's concurrent representation of CN and Wallace fell within the scope of the bright line rule. I conclude that it did.

[50] The bright line rule prevents the concurrent representation of clients whose immediate legal interests are directly adverse, subject to the limitations discussed in these reasons. The fact that the Wallace and CN retainers were legally and factually unrelated does not prevent the application of the bright line rule.

[51] Here, the bright line rule is applicable. The immediate interests of CN and Wallace were directly adverse, and those interests were legal in nature. Indeed, McKercher helped Wallace bring a class action directly against CN. In addition, there is no evidence on the record that CN is seeking to use the bright line rule tactically. Nothing suggests that CN has been purposefully spreading out its legal work across Saskatchewan law firms in an attempt to prevent Wallace or other litigants from retaining effective legal counsel. The motion judge accepted the testimony of CN's general counsel and concluded that CN was acting "on a principled basis, and not merely for tactical reasons": para. 62. I find no palpable and overriding error in this conclusion.

[52] Finally, it was reasonable in these circumstances for CN to expect that McKercher would

C. *L'application des principes*

[48] Les trois devoirs qui découlent du devoir de loyauté de l'avocat sont en jeu en l'espèce : le devoir d'éviter les conflits d'intérêts, le devoir de dévouement à la cause du client et le devoir de franchise envers le client. Je les examinerai l'un après l'autre.

1. Le devoir d'éviter les conflits d'intérêts

[49] La question est de savoir si la règle de la démarcation très nette s'appliquait à la représentation simultanée du CN et de M. Wallace par McKercher. Je conclus qu'elle s'y appliquait.

[50] La règle de la démarcation très nette empêche l'avocat de représenter simultanément des clients dont les intérêts juridiques immédiats s'opposent directement, sous réserve des limites examinées dans les présents motifs. L'absence de lien juridique et factuel entre les mandats de M. Wallace et du CN n'empêchait pas l'application de la règle de la démarcation très nette.

[51] En l'espèce, la règle de la démarcation très nette est applicable. Les intérêts immédiats du CN et de M. Wallace s'opposaient directement et étaient de nature juridique. En effet, McKercher a aidé M. Wallace à intenter un recours collectif directement contre le CN. En outre, aucun élément de preuve au dossier ne démontre que le CN cherche à utiliser la règle de la démarcation très nette pour des raisons tactiques. Rien ne porte à croire que le CN répartit à dessein ses dossiers juridiques entre les cabinets d'avocats de la Saskatchewan afin d'empêcher M. Wallace ou d'autres personnes de retenir les services d'un bon avocat. Le juge de première instance a accepté le témoignage de l'avocat général du CN et a conclu que le CN avait agi [TRADUCTION] « sur le fondement de principes, et non uniquement pour des raisons tactiques » : par. 62. À mon avis, cette conclusion n'est entachée d'aucune erreur manifeste et dominante.

[52] Enfin, il était raisonnable dans les circonstances que le CN s'attende à ce que McKercher

not act for Wallace. I agree with the motion judge's findings on this point:

The solicitor and client had a longstanding relationship. CN used the McKercher Firm as the “go to” firm. Although there were at least two other firms in Saskatchewan that also did CN’s legal work, I accept the testimony of Mr. Chouc, that the McKercher Firm was its primary firm within this province. . . . The lawsuit commenced seeks huge damages against CN and alleges both aggravated and punitive damages, which connote a degree of moral turpitude on the part of CN. Simply put, it is hard to imagine a situation that would strike more deeply at the loyalty component of the solicitor-client relationship. [para. 56]

In other words, it was reasonable for CN to be surprised and dismayed when its primary legal counsel in the province of Saskatchewan sued it for \$1.75 billion.

[53] Consequently, the facts of this appeal fall within the scope of the bright line rule. McKercher breached the rule, and by extension its duty to avoid conflicting interests, when it accepted to represent Wallace without first obtaining CN’s informed consent.

[54] However, I cannot agree that this is a situation where there also exists a risk of misuse of confidential information. CN’s contention that McKercher obtained confidential information that might assist it on the Wallace matter — namely, a general understanding of CN’s litigation philosophy — does not withstand scrutiny. “[M]erely . . . making a bald assertion that the past relationship has provided the solicitor with access to . . . litigation philosophy” does not suffice: *Moffat v. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Gen. Div.), at p. 401. “There is a distinction between possessing information that is relevant to the matter at issue and having an understanding of the corporate philosophy” of a previous client: *Canadian Pacific Railway v. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55 (Man. C.A.), at para. 26. The information must be capable of being used against the client in some tangible manner. In the present case, the real estate,

ne représente pas M. Wallace. Je partage les conclusions du juge de première instance à ce sujet :

[TRADUCTION] L’avocat et le client entretenaient une relation de longue date. Le CN a fait de McKercher son cabinet « de confiance ». Même si le CN confiait également des dossiers juridiques à au moins deux autres cabinets d’avocats en Saskatchewan, j’accepte le témoignage de M. Chouc selon lequel le cabinet McKercher était le principal cabinet d’avocats du CN dans cette province. [. . .] La poursuite vise l’obtention de dommages-intérêts considérables du CN et une condamnation à des dommages-intérêts majorés et punitifs, ce qui laisse entendre une certaine turpitude morale de la part du CN. En somme, il est difficile d’imaginer une situation où l’élément de loyauté de la relation avocat-client serait autant mise à mal. [par. 56]

Autrement dit, il était raisonnable que le CN soit étonné et consterné lorsque son principal avocat en Saskatchewan l’a poursuivi pour 1,75 milliard de dollars.

[53] En conséquence, la règle de la démarcation très nette s’applique aux faits de l’espèce. McKercher a enfreint cette règle et, par extension, a manqué à son devoir d’éviter les conflits d’intérêts lorsqu’il a accepté de représenter M. Wallace sans avoir obtenu d’abord le consentement éclairé du CN.

[54] Je ne peux cependant me rallier à la thèse voulant qu’il s’agisse d’une situation où existe également un risque d’utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels. La prétention du CN selon laquelle McKercher a obtenu des renseignements confidentiels qui pourraient lui être utiles dans l’affaire Wallace — à savoir une connaissance générale de la philosophie du CN en matière contentieuse — ne résiste pas à l’examen. Il ne suffit pas de [TRADUCTION] « simplement affirmer que la relation passée a renseigné l’avocat sur [. . .] la philosophie du client en matière contentieuse » : *Moffat c. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Div. gén.), p. 401. [TRADUCTION] « Il y a une différence entre disposer de renseignements sur l’affaire en cause et connaître la philosophie d’entreprise » d’un ancien client : *Canadian Pacific Railway c. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55 (C.A. Man.), par. 26. Il

insolvency, and personal injury files on which McKercher worked were entirely unrelated to the Wallace action, and CN has failed to show how they or other matters on which McKercher acted could have yielded *relevant* confidential information that could be used against it.

2. The Duty of Commitment to the Client's Cause

[55] The duty of commitment to the client's cause suggests that a law firm should not summarily and unexpectedly terminate a retainer as a means of circumventing conflict of interest rules. The McKercher firm had committed itself to act loyally for CN on the personal injury, real estate and receivership matters. McKercher was bound to complete those retainers, unless the client discharged it or acted in a way that gave McKercher cause to terminate the retainers. McKercher breached its duty of commitment to CN's causes when it terminated its retainer with CN on two of these files. It is clear that a law firm cannot terminate a client relationship purely in an attempt to circumvent its duty of loyalty to that client: *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171, at para. 17; *Toddglen Construction Ltd. v. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111 (Ont. S.C.J., *per* Master Sandler).

[56] The conclusion on this point is supported by the obligation imposed on McKercher by its Law Society that it not withdraw its services from a client without good cause and appropriate notice: see the ethical rules applicable at the relevant time, Law Society of Saskatchewan *Code of Professional Conduct* (1991), chapter XII, at p. 47. The desire to accept a new, potentially lucrative client did not provide good cause to withdraw services from CN.

faut que les renseignements puissent être utilisés contre le client de façon concrète. En l'espèce, les dossiers relatifs à la vente d'un immeuble, à l'insolvabilité et au préjudice corporel confiés à McKercher n'avaient absolument aucun rapport avec l'action intentée par M. Wallace, et le CN n'est pas parvenu à démontrer que ces dossiers ou d'autres dossiers confiés à McKercher auraient permis la communication de renseignements confidentiels *pertinents* susceptibles d'être utilisés contre le CN.

2. Le devoir de dévouement à la cause du client

[55] Le devoir de dévouement à la cause du client suppose qu'un cabinet d'avocats ne doit pas résilier un mandat de façon expéditive et inattendue afin de contourner les règles relatives aux conflits d'intérêts. Le cabinet McKercher s'était engagé à faire preuve de loyauté envers le CN dans les dossiers de préjudice corporel, d'achat d'un immeuble et de séquestre. Il était tenu de mener à bien ces mandats, à moins que son client ne l'en libère ou n'agisse d'une façon qui donne à McKercher une raison d'y mettre fin. McKercher a manqué à son devoir de dévouement envers les causes de CN en résiliant les mandats que le CN lui avait confiés relativement à deux de ces dossiers. Il est clair qu'un cabinet d'avocats ne peut tenter de se dérober à son devoir de loyauté envers un client en mettant fin à sa relation avec lui : *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171, par. 17; *Toddglen Construction Ltd. c. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111 (C.S.J. Ont., le protonotaire Sandler).

[56] La conclusion sur ce point prend appui sur l'obligation imposée à McKercher par le barreau dont il relève de ne pas retirer ses services à un client sans motif valable et sans lui donner un préavis suffisant : voir les règles de déontologie applicables à l'époque en cause, Law Society of Saskatchewan, *Code of Professional Conduct* (1991), ch. XII, p. 47. Le désir d'accepter un éventuel mandat potentiellement très profitable ne constituait pas une raison valable de priver le CN de ses services.

3. The Duty of Candour

[57] The McKercher firm breached its duty of candour to CN by failing to disclose to CN its intention to accept the Wallace retainer.

[58] It bears repeating: a lawyer must not “keep the client in the dark about matters he or she knows to be relevant to the retainer”: *Strother*, at para. 55. As discussed, this rule must be broadly construed to give the client an opportunity to judge for itself whether the proposed concurrent representation risks prejudicing its interests and if so, to take appropriate action.

[59] CN should have been given the opportunity to assess McKercher’s intention to represent Wallace and to make an appropriate decision in response — whether to terminate its existing retainers, continue those retainers, or take other action. Instead, CN only learned that it was being sued by its own lawyer when it received a statement of claim. This is precisely the type of situation that the duty of candour is meant to prevent.

D. *The Appropriate Remedy*

[60] I have concluded that accepting the Wallace retainer placed McKercher in a conflict of interest, and that McKercher breached its duties of commitment and candour to CN. The question is whether McKercher should be disqualified from representing the Wallace plaintiffs because its acceptance of the Wallace retainer breached the duty of loyalty it owed CN.

[61] As discussed, the courts in the exercise of their supervisory jurisdiction over the administration of justice in the courts have inherent jurisdiction to remove law firms from pending litigation. Disqualification may be required: (1) to avoid the risk of improper use of confidential information; (2) to avoid the risk of impaired representation; and/or (3) to maintain the repute of the administration of justice.

3. Le devoir de franchise

[57] Le cabinet McKercher a manqué à son devoir de franchise envers le CN en n’informant pas le CN de son intention d’accepter le mandat de M. Wallace.

[58] Il convient de le répéter : un avocat ne doit pas « maintenir son client dans l’ignorance au sujet de questions qu’il sait pertinentes quant au mandat » : *Strother*, par. 55. Comme nous l’avons vu, il faut interpréter largement cette règle pour donner au client l’occasion de juger lui-même si la représentation simultanée proposée risque d’être préjudiciable à ses intérêts et de prendre les mesures qui s’imposent le cas échéant.

[59] Le CN aurait dû se voir offrir la possibilité de jauger l’intention de McKercher de représenter M. Wallace et de prendre une décision opportune en conséquence — résilier ses mandats en cours, les maintenir ou prendre une autre mesure. Au lieu de cela, le CN n’a appris qu’à la réception d’une déclaration qu’il était poursuivi par son propre avocat. C’est justement les situations de ce genre que le devoir de franchise vise à éviter.

D. *La réparation à accorder*

[60] J’ai conclu que McKercher s’était placé en situation de conflit d’intérêts en acceptant le mandat de M. Wallace et qu’il avait manqué à ses devoirs de dévouement et de franchise envers le CN. La question est de savoir si McKercher devrait être déclaré inhabile à représenter les demandeurs membres du groupe de M. Wallace parce qu’en acceptant le mandat de M. Wallace, McKercher a manqué à son obligation de loyauté envers le CN.

[61] Comme nous l’avons vu, les tribunaux, dans l’exercice de leur pouvoir de surveillance à l’égard de l’administration de la justice, ont compétence inhérente pour interdire à un cabinet d’avocats d’occuper dans un litige en instance. La déclaration d’incapacité peut devenir nécessaire (1) pour éviter le risque d’utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, (2) pour éviter le risque de représentation déficiente et (3) pour préserver la considération dont jouit l’administration de la justice.

[62] Where there is a need to prevent misuse of confidential information, as set out in *Martin*, disqualification is generally the only appropriate remedy, subject to the use of mechanisms that alleviate this risk as permitted by law society rules. Similarly, where the concern is risk of impaired representation as set out in these reasons, disqualification will normally be required if the law firm continues to concurrently act for both clients.

[63] The third purpose that may be served by disqualification is to protect the integrity and repute of the administration of justice. Disqualification may be required to send a message that the disloyal conduct involved in the law firm's breach is not condoned by the courts, thereby protecting public confidence in lawyers and deterring other law firms from similar practices.

[64] In assessing whether disqualification is required on this ground alone, all relevant circumstances should be considered. On the one hand, acting for a client in breach of the bright line rule is always a serious matter that on its face supports disqualification. The termination of the client retainers — whether through lawyer withdrawal or through a client firing his lawyer after learning of a breach — does not necessarily suffice to remove all concerns that the lawyer's conduct has harmed the repute of the administration of justice.

[65] On the other hand, it must be acknowledged that in circumstances where the lawyer-client relationship has been terminated and there is no risk of misuse of confidential information, there is generally no longer a concern of ongoing prejudice to the complaining party. In light of this reality, courts faced with a motion for disqualification on this third ground should consider certain factors that may point the other way. Such factors may include: (i) behaviour disintitling the complaining party from

[62] S'il est nécessaire d'empêcher l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels en vertu du test élaboré dans l'arrêt *Martin*, la déclaration d'inhabilité à occuper est généralement la seule réparation appropriée, si l'on ne peut recourir à des mécanismes prévus par les règles du barreau pour écarter ce risque. De même, si l'on appréhende un risque de représentation déficiente au sens du test élaboré dans les présents motifs, la déclaration d'inhabilité s'imposera normalement si le cabinet d'avocats continue d'occuper simultanément pour les deux clients.

[63] Troisièmement, la déclaration d'inhabilité peut servir à protéger l'intégrité et la considération dont jouit l'administration de la justice. La déclaration d'inhabilité peut s'avérer nécessaire pour indiquer clairement que les tribunaux n'acceptent pas la conduite déloyale que constitue le manquement du cabinet d'avocats; elle protégerait ainsi la confiance du public envers les avocats et dissuaderait les autres cabinets d'agir de même.

[64] Au moment de déterminer si la déclaration d'inhabilité s'impose pour cette raison, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes. D'une part, le fait pour un avocat d'occuper pour un client en violation de la règle de la démarcation très nette s'avère toujours une circonstance grave qui justifie de prime abord une déclaration d'inhabilité. La résiliation des mandats du client — du fait de l'avocat qui cesse d'occuper ou du client qui répudie son avocat en apprenant l'existence d'un manquement — ne suffit pas nécessairement pour apaiser toutes les craintes que la conduite de l'avocat ait porté atteinte à la considération dont jouit l'administration de la justice.

[65] D'autre part, il faut reconnaître que dans les cas où l'on a mis fin à la relation avocat-client et où il n'y a pas de risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, il n'y a généralement plus lieu de craindre que le plaignant subisse un préjudice. Compte tenu de ce fait, les tribunaux saisis d'une demande de déclaration d'inhabilité uniquement pour cette troisième raison doivent tenir compte de certains facteurs qui peuvent militer contre la déclaration d'inhabilité.

seeking the removal of counsel, such as delay in bringing the motion for disqualification; (ii) significant prejudice to the new client's interest in retaining its counsel of choice, and that party's ability to retain new counsel; and (iii) the fact that the law firm accepted the conflicting retainer in good faith, reasonably believing that the concurrent representation fell beyond the scope of the bright line rule and applicable law society restrictions.

[66] Against this background, I return to this appeal. The motion judge concluded that the appropriate remedy was to disqualify McKercher from the Wallace action. He based this conclusion on a variety of factors — in particular, he focused on what he perceived to be CN's justified sense of betrayal, the impairment of McKercher's ability to continue to represent CN on the ongoing retainers, and the risk of misuse of confidential information. Some of these considerations were not relevant. Here, disqualification is not required to prevent the misuse of confidential information. Nor is it required to avoid the risk of impaired representation. Indeed, the termination of the CN retainers that McKercher was working on ended the representation. The only question, therefore, is whether disqualification is required to maintain public confidence in the justice system.

[67] As discussed, a violation of the bright line rule on its face supports disqualification, even where the lawyer-client relationship has been terminated as a result of the breach. However, it is also necessary to weigh the factors identified above, which may suggest that disqualification is inappropriate in the circumstances. The motion judge did not have the benefit of these reasons, and obviously could not consider all of the factors just discussed that are relevant to the issue of disqualification.

Ces facteurs peuvent inclure (i) un comportement qui prive le plaignant de la possibilité de demander que l'avocat cesse d'occuper, par exemple, s'il tarde à présenter la demande de déclaration d'inhabilité; (ii) une atteinte grave au droit du client éventuel de retenir les services de l'avocat de son choix, et la capacité de ce client de trouver un autre avocat; et (iii) le fait que le cabinet d'avocats a accepté en toute bonne foi le mandat à l'origine du conflit d'intérêts, en croyant raisonnablement que la représentation simultanée échappait à la portée de la règle de la démarcation très nette et des restrictions du barreau applicables.

[66] Dans ce contexte, je reviens à l'espèce qui nous occupe. Le juge de première instance a conclu que la réparation appropriée consistait à déclarer McKercher inhabile à occuper dans l'instance introduite par M. Wallace. Il a fondé sa conclusion sur divers facteurs — insistant en particulier sur ce qui lui a semblé être un sentiment de trahison justifié qu'éprouvait le CN, le fait que le mandat de poursuivre le CN nuisait à la capacité de McKercher de continuer à représenter le CN dans les mandats que ce dernier lui avait confiés, et le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels. Certaines de ces considérations n'étaient pas pertinentes. En l'espèce, la déclaration d'inhabilité n'est pas requise pour prévenir l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels. Elle n'est pas requise non plus pour éviter le risque de représentation déficiente. En effet, la résiliation des mandats du CN confiés à McKercher a mis fin à la représentation. La seule question est donc de savoir si la déclaration d'inhabilité est requise en l'espèce pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

[67] Nous avons vu qu'une violation de la règle de la démarcation très nette justifie de prime abord une déclaration d'inhabilité, même lorsque la relation entre l'avocat et le client a pris fin en raison de cette violation. Toutefois, il est également nécessaire de prendre en compte les facteurs identifiés précédemment, qui peuvent laisser croire que la déclaration d'inhabilité n'est pas appropriée dans les circonstances. Le juge de première instance n'a pas pu bénéficier des présents motifs et ne pouvait

These reasons recast the legal framework for judging McKercher's conduct and determining the appropriate remedy. Fairness suggests that the issue of remedy should be remitted to the court for consideration in accordance with them.

IV. Conclusion

[68] I would allow the appeal and remit the matter to the Queen's Bench to be decided in accordance with these reasons. I would award costs to the appellant, CN.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Solicitors for the respondents: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

évidemment prendre en compte tous les facteurs que je viens d'examiner et qui sont pertinents à l'égard de la question de la déclaration d'inhabilité. Les présents motifs remanient le cadre juridique permettant de juger la conduite de McKercher et de déterminer la réparation qui s'impose. Il faudrait en toute justice que la question de la réparation soit renvoyée à la cour pour qu'elle l'examine conformément à ces motifs.

IV. Conclusion

[68] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle la tranche conformément aux présents motifs. J'accorderais les dépens à l'appelante CN.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Procureurs des intimés : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Rachidi Ekanza Ezokola *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship
and Immigration** *Respondent*

and

**United Nations High Commissioner
for Refugees, Amnesty International,
Canadian Centre for International Justice,
International Human Rights Program at
the University of Toronto Faculty of Law,
Canadian Council for Refugees,
Canadian Civil Liberties Association
and Canadian Association of
Refugee Lawyers** *Interveners*

**INDEXED AS: EZOKOLA v. CANADA
(CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

2013 SCC 40

File No.: 34470.

2013: January 17; 2013: July 19.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Immigration law — Convention refugees — Complicity in crimes against humanity — Former representative of the Democratic Republic of Congo seeking refugee protection in Canada — Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that representative was complicit in crimes against humanity committed by the government of the Democratic Republic of Congo — Whether mere association or passive acquiescence are sufficient to establish complicity — Whether a contribution-based test for complicity should be adopted — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(a).

Rachidi Ekanza Ezokola *Appelant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et
de l'Immigration** *Intimé*

et

**Haut Commissariat des Nations Unies
pour les réfugiés, Amnistie Internationale,
Centre canadien pour la justice internationale,
International Human Rights Program at
the University of Toronto Faculty of Law,
Conseil canadien pour les réfugiés,
Association canadienne des libertés civiles
et Association canadienne des avocats et
avocates en droit des réfugiés** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : EZOKOLA c. CANADA
(CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

2013 CSC 40

N° du greffe : 34470.

2013 : 17 janvier; 2013 : 19 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de l'immigration — Réfugiés au sens de la Convention — Complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité — Demande d'asile au Canada présentée par un ancien représentant de la République démocratique du Congo — Rejet de la demande par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au motif que le représentant s'est rendu complice de crimes contre l'humanité perpétrés par le gouvernement de la République démocratique du Congo — La simple association ou l'acquiescement passif suffisent-ils pour établir la complicité? — Y a-t-il lieu d'adopter un critère axé sur la contribution aux fins de l'établissement de la complicité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fa).

In January 1999, E began his career with the government of the Democratic Republic of Congo (“DRC”) as a financial attaché in Kinshasa. By 2007, he was leading the Permanent Mission of the DRC at the United Nations in New York. In January 2008, he resigned that post and fled to Canada. He says that he could no longer work for the government of President Kabila, which he considered corrupt, antidemocratic and violent. He claims that his resignation would be viewed as an act of treason by the DRC government, and that the DRC’s intelligence service had harassed, intimidated, and threatened him. He sought refugee protection for himself and his family in Canada.

The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board excluded E from the definition of “refugee” under art. 1F(a) of the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees* (“*Refugee Convention*”), finding that he was complicit in crimes against humanity committed by the government of the DRC. The Federal Court allowed E’s application for judicial review, but certified a question concerning the nature of complicity under art. 1F(a). The Federal Court of Appeal held that a senior official in a government could demonstrate personal and knowing participation and be complicit in the crimes of the government by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes committed by the government. It remitted the matter to a different panel of the Refugee Protection Division to apply that test to the facts of this case.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to a new panel of the Refugee Protection Division for redetermination in accordance with these reasons.

To exclude a claimant from the definition of “refugee” by virtue of art. 1F(a), there must be serious reasons for considering that the claimant has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose. Decision makers should not overextend the concept of complicity to capture individuals based on mere association or passive acquiescence. In Canada, the personal and knowing participation test has, in some cases, been overextended to capture individuals on the basis of complicity by association. It is therefore necessary to rearticulate the Canadian approach to bring it in line with the purpose of the *Refugee Convention* and art. 1F(a), the role of the Refugee Protection Division, the international law to which art. 1F(a) expressly refers, the

En janvier 1999, E a entrepris sa carrière au gouvernement de la République démocratique du Congo (« RDC ») à titre d’attaché financier, à Kinshasa. En 2007, il dirigeait la Mission permanente de la RDC aux Nations Unies, à New York. En janvier 2008, il a résigné ses fonctions et fui au Canada. Il affirme qu’il ne pouvait plus servir le gouvernement du président Kabila, qu’il jugeait corrompu, antidémocratique et violent. Selon ses dires, sa démission est considérée comme un acte de trahison par le gouvernement de la RDC, et le service du renseignement de la RDC l’a harcelé, intimidé et menacé. Il a demandé l’asile au Canada pour sa famille et lui-même.

La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a refusé la protection des réfugiés à E en application de l’art. 1Fa) de la *Convention relative au Statut des Réfugiés* des Nations Unies (« *Convention relative aux réfugiés* ») parce qu’il avait été complice de crimes contre l’humanité perpétrés par le gouvernement de la RDC. La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de E, mais elle a certifié une question quant à la nature de la complicité requise aux fins de l’art. 1Fa). La Cour d’appel fédérale a opiné que le haut fonctionnaire qui demeure en poste sans protester et qui continue à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu’il a connaissance des crimes commis par son gouvernement peut de ce fait participer personnellement et consciemment à ces crimes et s’en rendre complice. Elle a renvoyé l’affaire à une formation différente de la Section de la protection des réfugiés afin qu’elle applique ce critère aux faits de l’espèce.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l’affaire est renvoyée à une formation différente de la Section de la protection des réfugiés afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme aux présents motifs.

Pour refuser l’asile à un demandeur sur le fondement de l’art. 1Fa), il doit exister des raisons sérieuses de penser qu’il a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation. Le décideur doit s’abstenir d’élargir indûment la notion de complicité et de conclure qu’une personne est complice par simple association ou acquiescement passif. Au Canada, le critère fondé sur la participation personnelle et consciente a parfois été indûment assoupli de manière à englober la complicité par association. Il est donc nécessaire de revoir l’interprétation canadienne afin de l’harmoniser avec l’objet de la *Convention relative aux réfugiés* et de son art. 1Fa), le rôle de la Section de la protection des réfugiés, le droit international auquel

approach to complicity under art. 1F(a) taken by other state parties to the *Refugee Convention*, and fundamental criminal law principles. These sources all support the adoption of a contribution-based test for complicity — one that requires a voluntary, knowing, and significant contribution to the crime or criminal purpose of a group.

First, the *Refugee Convention* embodies profound concern for refugees and a commitment to assure refugees the widest possible exercise of fundamental rights and freedoms. However, it also protects the integrity of international refugee protection by ensuring that the authors of crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity do not exploit the system to their own advantage. A strict reading of art. 1F(a) properly balances these two aims.

Second, unlike international criminal tribunals, the Refugee Protection Division does not determine guilt or innocence, but excludes, *ab initio*, those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status. This is reflected in and accommodated by the unique evidentiary burden applicable to art. 1F(a) determinations: a person is excluded from the definition of “refugee” if there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity. While this standard is lower than that applicable in actual war crimes trials, it requires more than mere suspicion.

Third, the modes of commission recognized in international criminal law articulate a broad concept of complicity, but, even at their broadest, they do not hold individuals liable for crimes committed by a group simply because they are associated with the group or passively acquiesced to the group’s criminal purposes. Common purpose liability, the broad residual mode of commission recognized in the *Rome Statute of the International Criminal Court*, appears to require a significant contribution to a crime committed or attempted by a group acting with a common purpose, and, while joint criminal enterprise, as recognized by the *ad hoc* tribunals, encompasses recklessness with respect to the crime or criminal purpose, even it does not capture individuals merely based on rank or association.

renvoie expressément l’art. 1Fa) et le critère de complicité retenu par d’autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés*, ainsi qu’avec les principes fondamentaux du droit pénal. Tous ces éléments favorisent l’adoption d’un critère axé sur la contribution, un critère qui requiert une contribution à la fois volontaire, consciente et significative aux crimes ou au dessein criminel d’un groupe.

Premièrement, la *Convention relative aux réfugiés* exprime une profonde sollicitude pour les réfugiés et le souci de leur assurer l’exercice le plus large possible des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Cependant, elle protège aussi l’intégrité de la protection internationale accordée aux réfugiés en empêchant l’auteur d’un crime contre la paix, d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité de tirer avantage du régime de protection. Une interprétation stricte de l’art. 1Fa) établit un juste équilibre entre ces deux objectifs.

Deuxièmement, contrairement aux tribunaux pénaux internationaux, la Section de la protection des réfugiés ne conclut ni à la culpabilité du demandeur, ni à son innocence, mais exclut plutôt *ab initio* celui qui n’est pas un réfugié authentique au moment de la présentation de sa revendication. Cette différence se traduit et est prise en compte par le fardeau de preuve particulier que prévoit l’art. 1Fa) : le droit d’asile peut être refusé s’il existe des raisons sérieuses de penser que le demandeur a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité. Cette norme de preuve est moins stricte que celle appliquée dans un procès pour crime de guerre, mais elle requiert davantage qu’un simple soupçon.

Troisièmement, les divers modes de commission reconnus en droit pénal international définissent les contours d’un concept général de complicité, mais même interprétés de manière extensive, ils ne font pas en sorte qu’une personne soit tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu’elle est associée à ce groupe ou qu’elle a passivement acquiescé à son dessein criminel. La responsabilité qui découle du fait d’agir de concert dans un dessein commun — le mode de commission résiduel général reconnu par le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* — paraît exiger une contribution significative au crime qu’un groupe animé d’un dessein commun a perpétré ou tenté de perpétrer; reconnue par les tribunaux *ad hoc*, l’entreprise criminelle commune englobe l’insouciance à l’égard du crime ou du dessein criminel, même si elle n’est pas imputée à une personne uniquement sur la base des fonctions ou de l’association.

Fourth, other state parties to the *Refugee Convention* have approached art. 1F(a) in a manner that concentrates on the actual role played by the particular person. They allow that an individual can be complicit without being present at or physically contributing to the crime, but they require evidence that the individual knowingly made a significant contribution to the group's crime or criminal purpose before excluding the person from the definition of "refugee".

Finally, a concept of complicity that leaves any room for guilt by association or passive acquiescence violates two fundamental criminal law principles: the principle that criminal liability does not attach to omissions unless an individual is under a duty to act, and the principle that individuals can only be liable for their own culpable conduct.

In light of the foregoing, exclusions based on the criminal activities of the group and not on the individual's contribution to that criminal activity must be firmly foreclosed in Canadian law. Whether an individual's conduct meets the *actus reus* and *mens rea* for complicity will depend on the facts of each case, including (i) the size and nature of the organization; (ii) the part of the organization with which the claimant was most directly concerned; (iii) the claimant's duties and activities within the organization; (iv) the claimant's position or rank in the organization; (v) the length of time the claimant was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose; and (vi) the method by which the claimant was recruited and claimant's opportunity to leave the organization. These factors are not necessarily exhaustive, nor will each of them be significant in every case. Their assessment will necessarily be highly contextual, the focus must always remain on the individual's contribution to the crime or criminal purpose, and any viable defences should be taken into account.

Cases Cited

Referred to: *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385; *Kumar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 643 (CanLII); *Harb v. Canada (Minister of*

Quatrièmement, d'autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés* ont interprété l'art. 1Fa) de manière à s'attacher au rôle véritable de la personne en cause. Ainsi, un individu peut être complice d'un crime auquel il n'a ni assisté, ni contribué matériellement, mais pour lui refuser le droit d'asile, il doit être prouvé qu'il a consciemment contribué de manière significative au crime perpétré par le groupe ou à la réalisation de son dessein criminel.

Enfin, la complicité susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif va à l'encontre de deux principes fondamentaux du droit pénal : sauf obligation d'agir, l'omission n'emporte pas la responsabilité pénale, et une personne ne peut être tenue responsable que de ses propres actes coupables.

Compte tenu de ce qui précède, le refus de protection fondé sur les activités criminelles du groupe plutôt que sur la contribution de l'individu à ces activités criminelles doit être clairement exclu en droit canadien. Le fait que les actes d'un individu correspondent ou non à l'*actus reus* et à la *mens rea* exigés pour qu'il y ait complicité dépend des faits de chaque affaire, notamment (i) de la taille et de la nature de l'organisation, (ii) de la section de l'organisation à laquelle le demandeur était le plus directement associé, (iii) des fonctions et des activités du demandeur au sein de l'organisation, (iv) du poste ou du grade du demandeur au sein de l'organisation, (v) de la durée de l'appartenance du demandeur à l'organisation, surtout après qu'il a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel, ainsi que (vi) du mode de recrutement du demandeur et de la possibilité qu'il a eue ou non de quitter l'organisation. Ces considérations ne font pas nécessairement état de tous les éléments à examiner et chacune ne s'applique pas à tout coup. Leur examen doit nécessairement être particulièrement contextuel, toujours s'attacher à la contribution de l'individu aux crimes ou au dessein criminel et tenir compte des moyens de défense opposables.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Kumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 643 (CanLII); *Harb c. Canada*

Citizenship and Immigration), 2003 FCA 39, 302 N.R. 178; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; *R. (J.S. (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, aff'd ICC-01/04-01/10-514, 30 May 2012; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, aff'g ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007; *Prosecutor v. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009; *Prosecutor v. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, 30 May 2013; *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 July 1999; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, 3 April 2007; *Ryivuze v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 134, 325 F.T.R. 30; *Xu Sheng Gao v. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007); *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 F.T.R. 143; *Mpia-Mena-Zambili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1349, 281 F.T.R. 54; *Fabela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1028, 277 F.T.R. 20.

Statutes and Regulations Cited

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(2).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 98, 162(2), 170(g), (h).

Treaties and Other International Instruments

Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Preamble, art. 1F(a).
Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998, arts. 25, 28, 30, 31(1)(d).
Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

Authors Cited

Cassese, Antonio. "From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court", in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, 3.

(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CAF 39, 302 N.R. 178; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; *R. (J.S. (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184; *Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011, conf. par ICC-01/04-01/10-514, 30 mai 2012; *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, 14 mars 2012, conf. ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007; *Prosecutor c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, 23 janvier 2012; *Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, 15 juin 2009; *Prosecutor c. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, 30 mai 2013; *Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999; *Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, 3 avril 2007; *Ryivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 134 (CanLII); *Xu Sheng Gao c. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007); *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15817; *Mpia-Mena-Zambili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1349 (CanLII); *Fabela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1028 (CanLII).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(2).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98, 162(2), 170(g), (h).
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24.

Traité et autres instruments internationaux

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.
Convention relative au Statut des Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, préambule, art. 1F(a).
Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, art. 25, 28, 30, 31(1)d).

Doctrine et autres documents cités

Cassese, Antonio. « From Nuremberg to Rome : International Military Tribunals to the International Criminal Court », in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. I. Oxford : Oxford University Press, 2002, 3.

- Cassese, Antonio. “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise” (2007), 5 *J.I.C.J.* 109.
- Cassese’s International Criminal Law*, 3rd ed., revised by Antonio Cassese, et al. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Cryer, Robert, et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Goy, Barbara. “Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals” (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1.
- Human Rights Watch. *World Report 2006: Events of 2005*. New York: Human Rights Watch, 2006.
- Kaushal, Asha, and Catherine Dauvergne. “The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions” (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 54.
- Lafontaine, Fannie. *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*. Toronto: Carswell, 2012.
- Manacorda, Stefano, and Chantal Meloni. “Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” (2011), 9 *J.I.C.J.* 159.
- United Nations High Commissioner for Refugees. “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online: www.unhcr.org).
- van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Werle, Gerhard. “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute” (2007), 5 *J.I.C.J.* 953.
- Zambelli, Pia. “Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law” (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 252.
- APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Pelletier JJ.A.), 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, 420 N.R. 279, 335 D.L.R. (4th) 164, 1 Imm. L.R. (4th) 181, [2011] F.C.J. No. 1052 (QL), 2011 CarswellNat 2546, setting aside in part a decision of Mainville J., 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377, 373 F.T.R. 97, [2010] F.C.J. No. 766 (QL), 2010 CarswellNat 6199, setting aside a decision of the Immigration and Refugee Board (Refugee Protection Division), 2009 CanLII 89027. Appeal allowed.
- Cassese, Antonio. « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007), 5 *J.I.C.J.* 109.
- Cassese’s International Criminal Law*, 3rd ed., revised by Antonio Cassese, et al. Oxford : Oxford University Press, 2013.
- Cryer, Robert, et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2010.
- Goy, Barbara. « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court : A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals » (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne : www.unhcr.fr).
- Human Rights Watch. *World Report 2006 : Events of 2005*. New York : Human Rights Watch, 2006.
- Kaushal, Asha, and Catherine Dauvergne. « The Growing Culture of Exclusion : Trends in Canadian Refugee Exclusions » (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 54.
- Lafontaine, Fannie. *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*. Toronto : Carswell, 2012.
- Manacorda, Stefano, and Chantal Meloni. « Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? » (2011), 9 *J.I.C.J.* 159.
- van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Werle, Gerhard. « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007), 5 *J.I.C.J.* 953.
- Zambelli, Pia. « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law » (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 252.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Pelletier), 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, 420 N.R. 279, 335 D.L.R. (4th) 164, 1 Imm. L.R. (4th) 181, [2011] A.C.F. n° 1052 (QL), 2011 CarswellNat 6333, qui a infirmé en partie une décision du juge Mainville, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377, 373 F.T.R. 97, [2010] A.C.F. n° 766 (QL), 2010 CarswellNat 1860, qui avait infirmé une décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Section de la protection des réfugiés), 2009 CanLII 89027. Pourvoi accueilli.

Jared Will, Annick Legault and Peter Shams, for the appellant.

François Joyal and Ginette Gobeil, for the respondent.

Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland, Kylie Buday and Rana Khan, for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees.

Michael Bossin, Chantal Tie and Laïla Demirdache, for the intervener Amnesty International.

John Terry, Sarah R. Shody and Renu Mandhane, for the interveners the Canadian Centre for International Justice and the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

Catherine Dauvergne, Angus Grant and Pia Zambelli, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Sukanya Pillay, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jennifer Bond, Carole Simone Dahan, Aviva Basman and Andrew Brouwer, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

I. Introduction

[1] Criminal responsibility does not fall solely upon direct perpetrators of crime. A murder conviction, for example, can attach equally to one who pulls the trigger and one who provides the gun. Complicity is a defining characteristic of crimes in the international context, where some of the world's worst crimes are committed often at a distance, by a multitude of actors.

Jared Will, Annick Legault et Peter Shams, pour l'appelant.

François Joyal et Ginette Gobeil, pour l'intimé.

Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland, Kylie Buday et Rana Khan, pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Michael Bossin, Chantal Tie et Laïla Demirdache, pour l'intervenante Amnistie Internationale.

John Terry, Sarah R. Shody et Renu Mandhane, pour les intervenants le Centre canadien pour la justice internationale et International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

Catherine Dauvergne, Angus Grant et Pia Zambelli, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Sukanya Pillay, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Jennifer Bond, Carole Simone Dahan, Aviva Basman et Andrew Brouwer, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

I. Introduction

[1] La responsabilité pénale ne résulte pas seulement de la perpétration directe d'un crime. Par exemple, non seulement la personne qui appuie sur la détente mais aussi celle qui fournit l'arme peuvent être déclarées coupables de meurtre. Dans le contexte international, où certains des crimes les plus graves sont souvent commis à distance par une multitude d'acteurs, la complicité constitue une caractéristique fondamentale des crimes perpétrés.

[2] While principal perpetrators may be distinguished from secondary actors for sentencing, the distinction is irrelevant for the purposes of art. 1F(a) of the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 (“*Refugee Convention*”). Article 1F(a) excludes individuals from the definition of “refugee” if there are “serious reasons for considering that [they have] committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity”. Those who commit these offences are not entitled to the humanitarian protection provided by the *Refugee Convention*. Where exclusion from refugee status is the only “sanction”, it is not necessary to distinguish between principals, aiders and abettors, or other criminal participants. Individuals may be excluded from refugee protection for international crimes through a variety of modes of commission.

[3] Guilt by association, however, is not one of them.

[4] This appeal homes in on the line between association and complicity. It asks whether senior public officials can be excluded from the definition of “refugee” by performing official duties for a government that commits international crimes. It is the task of this Court to determine what degree of knowledge and participation in a criminal activity justifies excluding secondary actors from refugee protection. In other words, for the purposes of art. 1F(a), when does mere association become culpable complicity?

[5] In contrast to international crime, determining responsibility for domestic crime is often direct. While party liability plays a role, domestic criminal law, in its simplest form, asks whether one individual has committed one crime against one victim. In international criminal law, the focus often switches to the collective and to the links between individuals and collective action. International criminal law typically asks whether a group of individuals, an organization or a state has committed a series of crimes against a group of victims. In other words, party liability plays

[2] Bien que l’on puisse distinguer l’auteur principal de l’auteur secondaire pour la détermination de la peine, la distinction n’est pas pertinente pour l’application de l’art. 1Fa) de la *Convention relative au Statut des Réfugiés* des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6 (« *Convention relative aux réfugiés* »). L’article 1Fa) exclut de la définition de « réfugié » la personne « dont on aura des raisons sérieuses de penser qu’ell[e] [a] commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité ». L’auteur de tels crimes n’a pas droit à la protection humanitaire que prévoit la *Convention relative aux réfugiés*. Lorsque la « sanction » se limite à cette exclusion, il est inutile de distinguer entre la personne qui commet le crime et celle qui l’aide et l’encourage à le commettre ou un autre participant. Différents modes de participation à un crime international peuvent écarter la protection d’une personne à titre de réfugié.

[3] La complicité par association n’est toutefois pas l’un d’eux.

[4] Le présent pourvoi porte sur la distinction entre l’association et la complicité. La question consiste à déterminer si un haut fonctionnaire peut se voir refuser le droit d’asile parce qu’il a exercé ses fonctions pour le compte d’un gouvernement qui s’est livré à des crimes internationaux. Notre Cour doit décider du degré de connaissance d’une activité criminelle et de participation à celle-ci qui justifie le refus à l’acteur secondaire de la protection accordée aux réfugiés. Autrement dit, aux fins de l’art. 1Fa), à quelles conditions la seule association devient-elle complicité coupable?

[5] Contrairement à la responsabilité d’un crime international, celle d’un crime national est souvent imputée de manière directe. La responsabilité du participant joue un rôle mais, aux fins du droit pénal national, on se demande essentiellement si telle personne a commis tel crime contre telle victime. En droit pénal international, on s’attache souvent à l’action collective et aux liens entre des individus et l’action collective. Habituellement, il faut rechercher si un groupe de personnes, une organisation ou un État a commis une série de crimes contre un groupe de victimes. Autrement dit,

a much greater role in the commission of those crimes recognized as some of the most serious in the international legal order: R. Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd ed. 2010), at p. 361.

[6] Aware of the collective aspects of international crime, the Federal Court of Appeal correctly concluded that senior officials *may* be held criminally responsible for crimes committed by their government if they are aware of the crimes being committed yet remain in their position without protest and continue to defend the interests of the government.

[7] However, this does not mean that high-ranking government officials are exposed to a form of complicity by association. Complicity arises by contribution. The collective nature of many international crimes does not erase the importance of holding an individual responsible only for his or her own culpable acts: G. Werle, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute” (2007), 5 *J.I.C.J.* 953, at p. 953.

[8] While individuals may be complicit in international crimes without a link to a *particular crime*, there must be a link between the individuals and the *criminal purpose* of the group — a matter to which we will later return. In the application of art. 1F(a), this link is established where there are serious reasons for considering that an individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a group’s crime or criminal purpose. As we shall see, a broad range of international authorities converge towards the adoption of a “significant contribution test”.

[9] This contribution-based approach to complicity replaces the personal and knowing participation test developed by the Federal Court of Appeal in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306. In our view, the personal and knowing participation test has, in some

la responsabilité du participant joue un bien plus grand rôle dans la perpétration de crimes considérés parmi les plus graves par l’ordre juridique international : R. Cryer et autres, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2^e éd. 2010), p. 361.

[6] Bien au fait de la dimension collective du crime international, la Cour d’appel fédérale conclut à juste titre qu’un haut fonctionnaire *peut* être tenu criminellement responsable des crimes de son gouvernement lorsqu’il est au courant de leur perpétration et qu’il demeure en poste sans protester et qu’il continue de défendre les intérêts du gouvernement.

[7] Un haut fonctionnaire ne s’expose pas pour autant à la responsabilité pour une quelconque forme de complicité par association. La complicité découle de la contribution. La nature collective de nombreux crimes internationaux ne diminue pas l’importance de ne tenir une personne responsable que des actes répréhensibles qu’elle a commis : G. Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007), 5 *J.I.C.J.* 953, p. 953.

[8] Des individus peuvent être complices de crimes internationaux sans être liés à un *crime en particulier*, mais il doit exister un lien entre ces individus et le *dessein criminel* du groupe, ce sur quoi nous reviendrons. Pour l’application de l’art. 1Fa), ce lien est établi lorsqu’il existe des raisons sérieuses de penser que la personne a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d’un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe. D’ailleurs, nous verrons que se dessine à l’échelle internationale un large mouvement favorable à l’application d’un « critère axé sur la contribution significative ».

[9] Cette notion de complicité axée sur la contribution remplace le critère fondé sur la participation personnelle et consciente retenu par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306. Nous estimons que ce critère

cases, been overextended to capture individuals on the basis of complicity by association. A change to the test is therefore necessary to bring Canadian law in line with international criminal law, the humanitarian purposes of the *Refugee Convention*, and fundamental criminal law principles.

[10] We would therefore allow the appeal and send the matter back to a different panel of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the “Board”) for redetermination in accordance with these reasons. The panel will decide whether there are serious reasons for considering that the appellant’s knowledge of, and participation in, the crimes or criminal purposes of his government meet the complicity by contribution test. As always, whether art. 1F(a) operates to exclude an individual from refugee protection will depend on the particular facts of the case.

A. *Background Facts*

[11] The appellant, Rachidi Ekanza Ezokola, began his career with the government of the Democratic Republic of Congo (“DRC”) in January 1999. He was hired as a financial attaché at the Ministry of Finance and was assigned to the Ministry of Labour, Employment and Social Welfare in Kinshasa. He later worked as a financial adviser to the Ministry of Human Rights and the Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation.

[12] In 2004, the appellant was assigned to the Permanent Mission of the DRC to the United Nations (“UN”) in New York. In his role as second counsellor of embassy, the appellant represented the DRC at international meetings and UN entities including the UN Economic and Social Council. He also acted as a liaison between the Permanent Mission of the DRC and UN development agencies. In 2007, the appellant served as acting chargé d’affaires. In this capacity, he led the Permanent Mission of the DRC and spoke before the Security Council regarding natural resources and conflicts in the DRC.

a parfois été indûment assoupli de manière à englober la complicité par association. Il est donc nécessaire de le modifier afin d’harmoniser le droit canadien avec le droit pénal international, les visées humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés* et les principes fondamentaux du droit pénal.

[10] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à une formation différente de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la « Commission ») pour qu’elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs. La nouvelle formation déterminera s’il existe des raisons sérieuses de penser que la connaissance par l’appelant des crimes ou du dessein criminel de son gouvernement, et sa participation à ceux-ci, emportent sa complicité par contribution. Comme toujours, la question de savoir si l’art. 1F(a) a pour effet de rendre un demandeur inadmissible à la protection des réfugiés dépendra des faits particuliers du dossier.

A. *Contexte factuel*

[11] En janvier 1999, l’appelant, Rachidi Ekanza Ezokola, entreprenait sa carrière au gouvernement de la République démocratique du Congo (« RDC ») à titre d’attaché financier du ministère des Finances affecté au ministère de l’Emploi, du Travail et de la Prévoyance sociale, à Kinshasa. Il a ensuite été conseiller financier au ministère des Droits humains, puis au ministère des Affaires étrangères et de la Coopération internationale.

[12] En 2004, l’appelant a été affecté à la Mission permanente de la RDC auprès de l’Organisation des Nations Unies (« ONU »), à New York. À titre de deuxième conseiller d’ambassade, il a représenté la RDC à des réunions internationales et auprès d’organismes onusiens, dont le Conseil économique et social. Il a aussi assuré la liaison entre la Mission permanente et les agences de l’ONU chargées des questions de développement. En 2007, il est devenu chargé d’affaires par intérim et, à ce titre, il a dirigé la Mission permanente et prononcé une allocution devant le Conseil de sécurité sur les ressources naturelles de la RDC et les conflits dans son pays.

[13] The appellant worked at the Permanent Mission until January 2008 when he resigned and fled to Canada.

[14] The appellant says he ultimately resigned because he refused to serve the government of President Kabila which he considered to be corrupt, antidemocratic and violent. He claims his resignation would be viewed as an act of treason by the DRC government. He claims that the DRC's intelligence service harassed, intimidated, and threatened him because it suspected he had links to Jean-Pierre Bemba, President Kabila's opponent. It was on this basis that he sought refugee protection for himself, his wife, and their eight children in Canada.

B. *Judicial History*

- (1) Immigration and Refugee Board — Refugee Protection Division, 2009 CanLII 89027

[15] The issue for the Board in determining the appellant's application for refugee protection was whether the appellant should be excluded from Canada on the basis of s. 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). This provision directly incorporates art. 1F(a) of the *Refugee Convention* into Canadian law. The Board excluded the appellant from the definition of “refugee” under art. 1F(a). It held that, although the government of the DRC was not an organization with a limited and brutal purpose, it had committed crimes against humanity as defined by the *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998 (“*Rome Statute*”), and Canadian jurisprudence: paras. 31 and 43. The Board concluded that the government's crimes continued even as the government itself changed: para. 33.

[16] The Board relied on various reports — including media, governmental, and non-governmental — to find international crimes were committed on both sides of conflicts spanning

[13] L'appelant a travaillé à la Mission permanente jusqu'à sa démission et sa fuite au Canada en janvier 2008.

[14] Il affirme avoir finalement démissionné parce qu'il refusait de servir le gouvernement du président Kabila qu'il jugeait corrompu, antidémocratique et violent. Selon ses dires, sa démission serait considérée comme un acte de trahison par le gouvernement de la RDC. Il ajoute que le service du renseignement de la RDC l'a harcelé, intimidé et menacé parce qu'il le soupçonnait d'avoir des liens avec Jean-Pierre Bemba, un opposant au président Kabila. Pour ces raisons, il a demandé l'asile au Canada pour lui-même, son épouse et leurs huit enfants.

B. *Historique judiciaire*

- (1) Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Section de la protection des réfugiés, 2009 CanLII 89027

[15] La question que devait trancher la Commission pour statuer sur la demande d'asile de l'appelant consistait à savoir si la qualité de réfugié devait être refusée à l'appelant en application de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Cette disposition incorpore directement au droit canadien l'art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*. La Commission a refusé à l'appelant la protection des réfugiés en application de l'art. 1Fa). Elle conclut que même si le gouvernement de la RDC ne constitue pas une organisation animée d'un dessein circonscrit et brutal, il a commis des crimes contre l'humanité au sens du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998 (« *Statut de Rome* ») et de la jurisprudence canadienne : par. 31 et 43. À son avis, des crimes continuaient d'être perpétrés par le gouvernement même lorsque ses dirigeants étaient remplacés : par. 33.

[16] La Commission s'appuie sur divers rapports, dont ceux des médias, ainsi que d'organismes gouvernementaux et non gouvernementaux, pour conclure que des crimes internationaux ont été

several years. For instance, at para. 39, it cited a report by Human Rights Watch, dated January 18, 2006, which condemned the conduct of the DRC government (and others):

In 2005, combatants from armed groups as well as government soldiers deliberately killed, raped, and abducted civilians and destroyed or looted their property in repeated attacks, particularly in eastern Congo. A feeble justice system failed to prosecute these recent crimes and did nothing to end impunity for war crimes and crimes against humanity committed during the previous two wars. The September 2005 discovery of mass graves from 1996 in the eastern region of Rutshuru served as a reminder of the unpunished mass slaughter of civilians in Congo in the last decade.

The government failure to integrate troops of former belligerent groups into the national army and to properly train and pay its soldiers underlay some military abuses. Military abuses such as those that occurred in December 2004 in North Kivu where government soldiers and combatants refusing integration fought and killed at least one hundred civilians, many of them targeted on an ethnic basis, were repeated elsewhere in 2005. In Walungu, South Kivu, government soldiers raped civilians and looted property during operations against the FDLR in late 2004 and early 2005. In Equateur, poorly paid and undisciplined troops went on a rampage in July 2005, killing, raping, and stealing from civilians.

As government soldiers tried to take control of Ituri and parts of North and South Kivu, Maniema and Katanga in late 2004 and 2005, both they and the combatants fighting them committed grave violations of international humanitarian and human rights law.

(*World Report 2006: Events of 2005* (2006), at pp. 90-92)

commis par chacun des camps opposés lors de conflits qui ont duré plusieurs années. Elle cite par exemple au par. 39 le rapport du 18 janvier 2006 dans lequel Human Rights Watch condamne la conduite du gouvernement congolais (et d'autres parties) :

[TRADUCTION] En 2005, les combattants de groupes armés et des soldats gouvernementaux ont délibérément tué, violé et enlevé des civils et détruit ou pillé leurs biens lors d'attaques répétées, surtout dans l'Est du Congo. Un système de justice affaibli a failli à son devoir de poursuivre les auteurs de ces crimes récents et n'a rien fait pour mettre fin à l'impunité de ceux qui ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité au cours des deux dernières guerres. La découverte en septembre 2005, à Rutshuru, dans l'Est du Congo, de fosses communes datant de 1996 a rappelé le massacre de civils congolais les dix années précédentes, un crime demeuré impuni.

L'omission du gouvernement d'intégrer à l'armée nationale les membres d'anciens groupes belligérants et de former et payer ses soldats explique certains abus des militaires. Des abus comme ceux survenus en décembre 2004 dans la province du Nord-Kivu lorsque des soldats gouvernementaux et des combattants qui refusaient l'intégration ont attaqué et tué au moins cent civils, bon nombre d'entre eux l'ayant été à cause de leur appartenance ethnique, se sont produits à nouveau en 2005. À Walungu, dans la province du Sud-Kivu, les soldats gouvernementaux ont violé des civils et pillé leurs biens lors d'opérations menées contre les FDLR à la fin de 2004 et au début de 2005. En juillet 2005, dans la province de l'Équateur, des troupes mal rémunérées et indisciplinées se sont livrées à des saccages et ont tué, violé et volé des civils.

Alors qu'ils tentaient de prendre le contrôle de l'Ituri et d'autres régions du Nord-Kivu et du Sud-Kivu, du Maniema et du Katanga à la fin de 2004 et en 2005, les soldats gouvernementaux, comme ceux qu'ils combattaient, ont commis de graves violations du droit humanitaire et des droits de la personne reconnus à l'échelle internationale.

(*World Report 2006 : Events of 2005* (2006), p. 90-92)

[17] The Board also cited reports condemning the DRC authorities' practice of recruiting child soldiers: paras. 36 and 40.

[18] The Board concluded that “[t]he evidence clearly shows that the Congolese government represses human rights, carries out civilian massacres and engages in governmental corruption”: para. 43.

[19] In the Board's view, the appellant was complicit in these crimes. Based on the appellant's official rank, he had “personal and knowing awareness” of the crimes committed by his government: para. 71. The Board pointed out that the appellant had joined the government voluntarily and continued to act in his official capacity until he feared for his own safety. In the Board's view, the appellant's functions and responsibilities helped to sustain the government of the DRC. The Board therefore had serious reasons for considering that the appellant was complicit in the crimes committed by the government.

(2) Federal Court — Mainville J., 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377

[20] The Federal Court allowed the appellant's application for judicial review. The court determined that an individual cannot be excluded under art. 1F(a) merely because he had been an employee of a state whose government commits international crimes. Complicity requires a nexus between the claimant and the crimes committed by the government.

[21] In order to determine whether this link existed, the court considered the modes of commission provided for in the *Rome Statute* and concluded that “criminal responsibility for crimes against humanity requires personal participation in the crime alleged or personal control over the events leading to the crime alleged”: para. 86.

[22] In the court's view, the required nexus between the claimant and the crimes “may be established by presumption if the claimant held a senior position in the public service, where

[17] La Commission cite également des rapports qui condamnent le recours des autorités congolaises à des enfants soldats : par. 36 et 40.

[18] Elle conclut que « [l]a preuve révèle clairement que le gouvernement congolais se livre à la répression des droits humains, à des massacres de la population civile ainsi qu'à la corruption gouvernementale » : par. 43.

[19] Selon la Commission, l'appellant a été complice de ces crimes. Compte tenu de ses hautes fonctions, l'appellant détenait une « connaissance personnelle et consciente » des crimes de son gouvernement : par. 71. Elle signale que l'appellant a joint les rangs du gouvernement de façon volontaire et qu'il a continué d'exercer ses fonctions jusqu'à ce qu'il craigne pour sa propre sécurité. À son avis, les fonctions et les attributions de l'appellant ont contribué au maintien du gouvernement congolais. Elle estime donc qu'il existe des raisons sérieuses de penser que l'appellant a été complice des crimes perpétrés par le gouvernement.

(2) Cour fédérale — le juge Mainville, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377

[20] La Cour fédérale accueille la demande de contrôle judiciaire de l'appellant. Elle conclut qu'une personne ne peut être exclue sous le régime de l'art. 1Fa) pour le seul motif qu'elle a été l'employée d'un pays dont le gouvernement commet des crimes internationaux. La complicité exige un lien entre le demandeur et les crimes imputés au gouvernement.

[21] Pour se prononcer sur l'existence d'un tel lien, la cour examine les différentes participations prévues dans le *Statut de Rome* et conclut que « la responsabilité pénale pour les crimes contre l'humanité requiert une participation personnelle au crime reproché ou un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » : par. 86.

[22] Selon la cour, le lien requis avec les crimes « peut être établi par présomption si le demandeur d'asile occupait un poste hiérarchique élevé dans la fonction publique, dans la mesure où il y a des

there are serious reasons for considering that the position in question made it possible for the refugee claimant to commit, incite or conceal the crimes, or to participate or collaborate in the crimes”: para. 4. However, in this case there was “no evidence that tend[ed] to show direct or indirect personal participation by the applicant in the crimes alleged, and there [was] no evidence of incitement or active support by the applicant for those crimes”: para. 104. It was an error to assign responsibility to the appellant solely on the basis of his position within the government, absent a personal nexus between his role and the army or police of the DRC.

[23] The court certified the following question:

For the purposes of exclusion pursuant to paragraph 1F(a) of the United Nations Refugee Convention, is there complicity by association in crimes against humanity from the fact that the refugee claimant was a public servant in a government that committed such crimes, along with the fact that the refugee claimant was aware of these crimes and did not denounce them, when there is no proof of personal participation, whether direct or indirect, of the refugee claimant in these crimes?

(2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, at para. 28)

(3) Federal Court of Appeal — Noël J.A. (Nadon and Pelletier JJ.A.)

[24] The Federal Court of Appeal answered the certified question in the affirmative, but not before reformulating it as follows:

For the purposes of exclusion pursuant to paragraph 1F(a) of the United Nations Refugee Convention, can complicity by association in crimes against humanity be established by the fact that the refugee claimant was a senior public servant in a government that committed such crimes, along with the fact that the refugee claimant was aware of these crimes and remained in his position without denouncing them? [para. 44]

raisons sérieuses de penser que le poste en question permettait au demandeur d’asile d’exécuter, d’encourager ou de dissimuler ces crimes, ou permettait au demandeur d’asile de concourir ou de collaborer à ces crimes » : par. 4. Or, elle estime qu’il n’existe en l’espèce « aucun élément de preuve tendant à démontrer une participation personnelle directe ou indirecte du demandeur dans les crimes reprochés, et [qu’]il y a absence de toute preuve d’encouragement ou de soutien actif du demandeur à l’égard de ces crimes » : par. 104. La Commission a eu tort, selon elle, de conclure à la responsabilité de l’appelant sur le seul fondement du poste occupé au sein du gouvernement malgré l’absence de lien personnel entre ce poste et l’armée ou la police de la RDC.

[23] La cour certifie la question suivante :

Aux fins de l’exclusion prévue au paragraphe 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, y a-t-il complicité par association à des crimes contre l’humanité du fait qu’un demandeur d’asile occupait un poste de fonctionnaire d’un gouvernement qui a commis de tels crimes, joint au fait que le demandeur d’asile avait connaissance de ces crimes et ne les a pas dénoncés, lorsqu’il n’y a aucune preuve d’une participation personnelle, directe ou indirecte, du demandeur d’asile dans ces crimes?

(2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, par. 28)

(3) Cour d’appel fédérale — le juge Noël (les juges Nadon et Pelletier)

[24] La Cour d’appel fédérale répond par l’affirmative à la question certifiée, qu’elle reformule ainsi :

Aux fins de l’exclusion prévue au paragraphe 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, peut-il y avoir complicité par association à des crimes contre l’humanité du fait qu’un demandeur d’asile occupait un poste de haut fonctionnaire auprès d’un gouvernement qui a commis de tels crimes, joint au fait que le demandeur d’asile avait connaissance de ces crimes et est demeuré en poste sans les dénoncer? [par. 44]

[25] The Federal Court of Appeal rejected the Federal Court's approach to complicity, describing it as inconsistent with Canadian jurisprudence and too narrow: paras. 46 and 57. The Federal Court of Appeal concluded that

a senior official may, by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes committed by this government demonstrate "personal and knowing participation" in these crimes and be complicit with the government in their commission. [para. 72]

[26] The court added that "the final outcome will always depend on the facts particular to each case": para. 72.

[27] The Federal Court of Appeal decided it was unnecessary to determine whether the conclusion of the Board was reasonable because it had applied the wrong test for complicity. Instead of applying the "personal and knowing participation" test, the Board considered the appellant's "personal and knowing awareness": para. 75. The Federal Court of Appeal therefore remitted the matter to a different panel of the Board to apply the personal and knowing participation test to determine whether the appellant was an accomplice in the crimes committed by the DRC.

II. Analysis

A. *Issues*

[28] Whether or not the appellant should ultimately be excluded from refugee protection for having committed international crimes will be determined by the Board at a *de novo* hearing. The task for this Court is to determine what test for complicity will be applied by the art. 1F(a) decision maker. To answer this question, the Court must also address the evidentiary standard applicable to art. 1F(a) determinations.

[25] Elle rejette la notion de complicité retenue par la Cour fédérale qu'elle juge contraire à la jurisprudence canadienne et trop restrictive : par. 46 et 57. Elle conclut :

... un haut [fonctionnaire], en demeurant en poste sans protesté et en continuant à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu'il a connaissance des crimes commis par ce gouvernement, peut démontrer sa « participation personnelle et consciente » à ces crimes et se rendre complice de son gouvernement dans leur commission. [par. 72]

[26] Elle ajoute que « la réponse ultime est toujours fonction des faits particuliers de chaque affaire » : par. 72.

[27] La Cour d'appel fédérale statue qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si la conclusion de la Commission était raisonnable ou non puisque cette dernière n'a pas appliqué le bon critère en matière de complicité. Au lieu de s'attacher à la « participation personnelle et consciente » de l'appelant, la Commission s'est penchée sur la « connaissance personnelle et consciente » de ce dernier : par. 75. La Cour d'appel fédérale renvoie donc l'affaire à une formation différente de la Commission afin qu'elle rende une nouvelle décision sur la complicité de l'appelant dans des crimes commis par la RDC, et ce, en appliquant le critère de la participation personnelle et consciente.

II. Analyse

A. *Questions en litige*

[28] Il appartiendra à la Commission de déterminer à l'issue d'une audience *de novo* si la protection des réfugiés doit être refusée à l'appelant parce qu'il s'est rendu coupable de crimes internationaux. La Cour doit donc arrêter le critère à appliquer pour décider s'il y a eu complicité ou non. Pour ce faire, elle doit également se pencher sur la norme de preuve que commande l'application de l'art. 1F(a).

[29] For the reasons that follow, we conclude that an individual will be excluded from refugee protection under art. 1F(a) for complicity in international crimes if there are serious reasons for considering that he or she voluntarily made a knowing and significant contribution to the crime or criminal purpose of the group alleged to have committed the crime. The evidentiary burden falls on the Minister as the party seeking the applicant's exclusion: *Ramirez*, at p. 314.

[30] In rejecting a guilt-by-association approach to complicity, we have considered (i) the purpose of the *Refugee Convention* and art. 1F(a); (ii) the role of the Board; (iii) the international law to which art. 1F(a) expressly refers; and (iv) the approach to complicity under art. 1F(a) taken by other state parties to the *Refugee Convention*. Each of these demonstrates the need to rein in the Canadian approach to complicity under art. 1F(a) to ensure that individuals are not excluded from refugee protection for merely being associated with others who have perpetrated international crimes.

B. *The Purpose of the Refugee Convention and Article 1F(a)*

[31] In our view, the purpose of the *Refugee Convention*, together with the purpose of art. 1F(a), sheds light on the proper approach for determining exclusions from refugee protection based on complicity in international crimes: *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

[32] The preamble to the *Refugee Convention* highlights the international community's "profound concern for refugees" and its commitment "to assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms". Our approach to art. 1F(a) must reflect this "overarching and clear human rights object and purpose": *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 57.

[29] Pour les motifs qui suivent, nous concluons qu'une personne est inadmissible à la protection des réfugiés suivant l'art. 1Fa) pour cause de complicité dans la perpétration de crimes internationaux lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle a volontairement apporté une contribution consciente et significative aux crimes ou au dessein criminel du groupe qui les aurait commis. Le fardeau de preuve incombe à la partie qui requiert l'exclusion, à savoir le Ministre : *Ramirez*, p. 314.

[30] Pour écarter la notion de complicité par association, nous avons examiné (i) l'objet de la *Convention relative aux réfugiés* et de son art. 1Fa), (ii) le rôle de la Commission, (iii) le droit international auquel renvoie expressément l'art. 1Fa) et (iv) le critère de complicité retenu par d'autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés* pour l'application de son art. 1Fa). Ces éléments établissent tous la nécessité de resserrer la notion de complicité au Canada pour les besoins de l'art. 1Fa) afin qu'une personne ne se voie pas refuser la protection des réfugiés pour le seul motif qu'elle est associée à l'auteur de crimes internationaux.

B. *L'objet de la Convention relative aux réfugiés et de son art. 1Fa)*

[31] À notre avis, l'objet de la *Convention relative aux réfugiés*, de même que celui de son art. 1Fa), permettent de mieux cerner l'interprétation qui convient aux fins de déterminer s'il y a exclusion de la protection des réfugiés pour cause de complicité dans la perpétration d'un crime international : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.

[32] Le préambule de la *Convention relative aux réfugiés* souligne la « profonde sollicitude que [la communauté internationale] éprouve pour les réfugiés » et son souci « d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'interprétation de l'art. 1Fa) doit tenir compte de « [c]es objets et [de] ces buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne » : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 57.

[33] That said, the *Refugee Convention's* commitment to refugee protection is broad, but not unbounded. It does not protect international criminals. Incorporated directly into Canadian law by s. 98 of the *IRPA*, art. 1F(a) guards against abuses of the *Refugee Convention* by denying refugee protection

to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

[34] As the Federal Court of Appeal recognized in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433, at p. 445: “When the tables are turned on persecutors, who suddenly become the persecuted, they cannot claim refugee status. International criminals, on all sides of the conflicts, are rightly unable to claim refugee status.” In other words, those who create refugees are not refugees themselves: *Pushpanathan*, at para. 63; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, at para. 118.

[35] On the one hand then, if we approach art. 1F(a) too narrowly, we risk creating safe havens for perpetrators of international crimes — the very scenario the exclusion clause was designed to prevent. On the other hand, a strict reading of art. 1F(a) arguably best promotes the humanitarian aim of the *Refugee Convention*: United Nations High Commissioner for Refugees (“UNHCR”), “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online), at para. 2.

[36] The foregoing demonstrates the need for a carefully crafted test for complicity — one that promotes the broad humanitarian goals of the

[33] Cela dit, si grande que soit la portée de l'obligation de protéger les réfugiés qui découle de la *Convention relative aux réfugiés*, elle connaît des limites. En particulier, celle-ci ne protège pas l'auteur d'un crime international. Incorporée directement au droit canadien en vertu de l'art. 98 de la *LIPR*, l'art. 1Fa) vise à empêcher le recours abusif à la *Convention relative aux réfugiés* et refuse la protection qui y est prévue :

. . . aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

[34] Comme le reconnaît la Cour d'appel fédérale dans *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433, p. 445, « [I]orsque par un juste retour des choses, les persécuteurs deviennent les persécutés, ils ne pourront pas revendiquer le statut de réfugié. Les criminels internationaux, de quelque côté qu'ils se trouvent dans les conflits, sont ainsi privés à juste titre du statut de réfugié. » Autrement dit, ceux qui sont à l'origine de l'existence de réfugiés ne peuvent eux-mêmes être des réfugiés : *Pushpanathan*, par. 63; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, par. 118.

[35] D'une part, une interprétation trop stricte de l'art. 1Fa) risque de transformer le pays en refuge pour les auteurs de crimes internationaux, ce que la disposition portant exclusion vise à empêcher. Par contre, une interprétation stricte peut être considérée comme étant plus respectueuse de l'objectif humanitaire de la *Convention relative aux réfugiés* : Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (« HCR »), « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne), par. 2.

[36] Au vu de ce qui précède, il faut donc retenir un critère de complicité soigneusement conçu, un critère qui promeut les grands objectifs humanitaires de la

Refugee Convention but also protects the integrity of international refugee protection by ensuring that the authors of crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity do not exploit the system to their own advantage. As we will explain, these two aims are properly balanced by a contribution-based test for complicity — one that requires a voluntary, knowing, and significant contribution to the crime or criminal purpose of a group.

C. *The Role of the Refugee Protection Division: Exclusion Determinations, Not Findings of Guilt*

[37] In addition to the purposes of the *Refugee Convention* and art. 1F(a), the test for complicity must reflect the role of the Board and must work within the practical realities of refugee proceedings.

[38] A refugee hearing is not a criminal trial before an international tribunal. International criminal tribunals render verdicts for some of the most serious crimes in the international legal order. In contrast, the Board makes exclusion determinations; it does not determine guilt or innocence. The purpose of art. 1F(a) “is to exclude *ab initio* those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status”: *Pushpanathan*, at para. 58.

[39] To achieve this purpose, Board hearings tend to be less formal than criminal trials. The Board is not bound by traditional rules of evidence: *IRPA*, at s. 170(g) and (h); *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, at para. 41; *Kumar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 643 (CanLII), at paras. 28-29. Section 162(2) of the *IRPA* instructs each division of the Board to “deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit”.

Convention relative aux réfugiés, mais qui protège aussi l’intégrité de la protection internationale accordée aux réfugiés en empêchant l’auteur d’un crime contre la paix, d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité de tirer avantage du régime de protection. Comme nous l’expliquons plus loin, un critère axé sur la contribution établit un juste équilibre entre ces deux objectifs — un critère qui requiert une contribution à la fois volontaire, consciente et significative au crime ou au dessein criminel d’un groupe.

C. *Le rôle de la Section de la protection des réfugiés : se prononcer sur l’exclusion et non sur la culpabilité*

[37] Outre les objectifs de la *Convention relative aux réfugiés* et de l’art. 1Fa), le critère relatif à la complicité doit tenir compte du rôle de la Commission et de la procédure concrète d’examen d’une demande d’asile.

[38] L’audition d’une telle demande ne saurait être confondue avec un procès criminel devant un tribunal international. Les tribunaux pénaux internationaux rendent des décisions relativement à certains des crimes les plus graves pour l’ordre juridique international. En revanche, la Commission se prononce sur le droit d’asile; elle ne conclut ni à la culpabilité du demandeur, ni à son innocence. L’objet de l’art. 1Fa) « est plutôt d’exclure *ab initio* ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques au moment de la présentation de leur revendication » : *Pushpanathan*, par. 58.

[39] C’est pourquoi l’audience de la Commission est généralement moins formelle que celle d’une cour pénale. La Commission n’est pas tenue de suivre les règles de preuve habituelles : *LIPR*, al. 170g) et h); *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385, par. 41; *Kumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 643 (CanLII), par. 28-29. Le paragraphe 162(2) de la *LIPR* prévoit que chacune des sections de la Commission « fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ».

[40] As we will discuss in more detail below, the differences between a criminal trial and a Board hearing are further reflected in — and accommodated by — the unique evidentiary burden applicable to art. 1F(a) determinations: a person is excluded from the definition of “refugee” on the basis of the “serious reasons for considering” standard.

[41] In light of these features of refugee proceedings, it is unnecessary to craft a multitude of tests for each mode of commission through which a government official may be held complicit in the crimes committed by his or her government. Unique considerations may arise in cases where the individual is said to have control or responsibility over the alleged perpetrators, or where the individual allegedly made specific contributions to a specific crime (in the form of instigating, ordering, or inciting, for example). However, here we are concerned with general participation in a group’s criminal activity. We must determine when that participation becomes a culpable contribution.

D. *The Board Must Rely on International Law to Interpret Article 1F(a)*

[42] Following the express direction in the text of art. 1F(a), we now turn to international law for guidance. As mentioned, art. 1F(a) excludes individuals when “there are serious reasons for considering that” they have “committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments”. We must therefore consider international criminal law to determine whether an individual should be excluded from refugee protection for complicity in international crimes: *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 39, 302 N.R. 178, at para. 8. We will also look to international jurisprudence for guidance: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paras. 82 and 126.

[40] De plus, les différences entre un procès criminel et une instance devant la Commission se traduisent et sont prises en compte par le fardeau de preuve particulier qui incombe à la Commission lorsqu’elle est appelée à rendre une décision fondée sur l’art. 1Fa) : elle peut alors refuser le droit d’asile à partir de « raisons sérieuses de penser ». Nous y reviendrons plus en détail.

[41] Compte tenu de ces caractéristiques de la demande visant l’obtention du statut de réfugié, il est inutile de prévoir des critères pour chacune des circonstances dans lesquelles un fonctionnaire peut être reconnu coupable de complicité dans la perpétration des crimes imputés à son gouvernement. Des considérations particulières peuvent être soulevées lorsqu’une personne aurait exercé un contrôle sur l’auteur présumé d’un crime ou qu’elle aurait apporté une contribution précise à un crime précis (par exemple, en l’instiguant, en ordonnant sa perpétration ou en incitant quelqu’un à le commettre). Or, en l’espèce, nous sommes appelés à nous prononcer sur la participation générale à l’activité criminelle d’un groupe. Il nous faut donc arrêter les conditions auxquelles cette participation devient une contribution coupable.

D. *La Commission doit interpréter l’art. 1Fa) en s’appuyant sur le droit international*

[42] Comme le veut expressément l’art. 1Fa), nous examinons maintenant les instruments internationaux. Rappelons que la disposition rend inadmissibles au régime de protection des réfugiés les personnes « dont on [a] des raisons sérieuses de penser » qu’elles « ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux ». Nous devons donc tenir compte du droit pénal international pour déterminer s’il convient ou non de refuser le droit d’asile à une personne pour cause de complicité dans la perpétration de crimes internationaux : *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 39, 302 N.R. 178, par. 8. Nous examinerons également la jurisprudence internationale : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 82 et 126.

[43] In our view, international law is relevant both for the elements of the offences and their potential modes of commission. As the appellant stated, art. 1F(a) is not concerned with simply identifying the substantive elements of the offence, but with whether there are serious reasons for considering that the individual has *committed* a crime as defined in international law. Since there is no dispute in this appeal that the elements of the crimes have been carried out by the government of the DRC, we are concerned here with modes of commission.

[44] Whether an individual is complicit in an international crime cannot be considered in light of only one of the world's legal systems: *Ramirez*, at p. 315; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at p. 323. This flows not only from the explicit instruction in art. 1F(a) to apply international law, but also from the extraordinary nature of international crimes. They simply transcend domestic norms. As Fannie Lafontaine explains in *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts* (2012), at p. 95:

Genocide, crimes against humanity and war crimes, because of their very *raison d'être*, their particular magnitude and the context of their commission, cannot be assimilated to ordinary crimes, regardless of the latter crimes' intrinsic gravity.

[45] International criminal law, while built upon domestic principles, has adapted the concept of individual responsibility to this setting of collective and large-scale criminality, where crimes are often committed indirectly and at a distance. As Gerhard Werle puts it, at p. 954:

When allocating individual responsibility within networks of collective action, it must be kept in mind that the degree of criminal responsibility does not diminish as distance from the actual act increases; in fact, it often grows. Adolf Hitler, for example, sent millions of people to their deaths without ever laying a hand on a victim himself. And mass killer Adolf Eichmann organized the extermination of European Jews from his office in the

[43] À notre sens, le droit international s'applique tant aux éléments de l'infraction qu'aux différents modes de perpétration de celle-ci. Comme le dit l'appelant, l'art. 1Fa) s'attache non seulement à la présence des éléments constitutifs de l'infraction, mais aussi à l'existence de raisons sérieuses de penser que la personne *a commis* un crime prévu en droit international. Comme nul ne conteste en l'espèce que les éléments des crimes sont imputables au gouvernement de la RDC, nous nous en tenons aux modes de perpétration.

[44] La question de savoir si une personne s'est rendue complice d'un crime international ne peut être étudiée à la lumière d'un seul des systèmes juridiques du monde : *Ramirez*, p. 315; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), p. 323. Il en est ainsi à cause non seulement du texte explicite de l'art. 1Fa) portant application du droit international, mais aussi de la nature extraordinaire des crimes internationaux, lesquels transcendent tout simplement les normes nationales. Comme l'explique Fannie Lafontaine dans *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts* (2012), p. 95 :

[TRADUCTION] Vu leur raison d'être même, leur ampleur particulière et le contexte de leur perpétration, le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre ne peuvent être considérés comme des crimes ordinaires, peu importe la gravité intrinsèque de ces derniers.

[45] Même s'il repose sur des principes nationaux, le droit pénal international a adapté le concept de responsabilité individuelle au contexte de la criminalité collective et à grande échelle, où le crime se commet souvent de manière indirecte et à distance. Comme l'explique Gerhard Werle, à la p. 954 :

[TRADUCTION] Au moment de déterminer la responsabilité individuelle des membres de réseaux d'action collective, il faut garder à l'esprit que le degré de responsabilité criminelle ne diminue pas à mesure qu'augmente la distance entre l'auteur et l'acte perpétré; en fait, souvent il s'accroît. Adolf Hitler, par exemple, a causé la mort de millions de personnes sans jamais toucher une victime. De plus, l'auteur d'assassinats

Berlin headquarters of the “Reichssicherheitshauptamt” of the SS.

[46] We are therefore required by both the text of art. 1F(a) and the realities of international crime to look beyond the bounds of Canadian criminal law. We must refrain from interpreting and applying international criminal law as if it were simply the mirror of our domestic criminal law: *Cassese’s International Criminal Law* (3rd ed. 2013), revised by A. Cassese et al., at pp. 6-7.

[47] The question is — what are the relevant sources of international criminal law?

[48] In our view, the best place to start is the *Rome Statute*. As Lord Brown of Eaton-under-Heywood J.S.C. recognized in *R. (J.S. (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184 (“J.S.”), at para. 9:

It is convenient to go at once to the [Rome] Statute, ratified as it now is by more than 100 states and standing as now surely it does as the most comprehensive and authoritative statement of international thinking on the principles that govern liability for the most serious international crimes (which alone could justify the denial of asylum to those otherwise in need of it).

[49] Canada’s acceptance of the *Rome Statute* as authority on international criminal principles is beyond dispute. Canada is not only party to the *Rome Statute*, Parliament has implemented the treaty into domestic law through the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.

[50] Article 25 of the *Rome Statute* provides extensive descriptions of modes of commission. These enumerated modes of liability have been described as the culmination of the international community’s efforts to codify individual criminal responsibility under international law: A. Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, in

collectifs Adolf Eichmann a organisé l’extermination des Juifs européens à partir de son bureau au siège du « *Reichssicherheitshauptamt* » de la SS, à Berlin.

[46] Le libellé de l’art. 1Fa) et la réalité de la criminalité internationale nous obligent donc à faire porter notre regard par-delà le droit pénal canadien. Nous devons nous garder d’interpréter et d’appliquer le droit pénal international comme s’il correspondait en tous points à notre droit pénal national : *Cassese’s International Criminal Law* (3^e éd. 2013), révisé par A. Cassese et autres, p. 6-7.

[47] Quelles sont alors les sources pertinentes du droit pénal international?

[48] À notre avis, le meilleur point de départ pour cette étude se trouve dans le *Statut de Rome*. Comme le reconnaît le lord juge Brown de Eaton-under-Heywood dans *R. (J.S. (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184 (« J.S. »), par. 9 :

[TRADUCTION] Il convient de s’en remettre d’emblée au Statut de [Rome] désormais ratifié par plus de 100 pays et qui constitue assurément de nos jours l’énoncé le plus complet et faisant le plus autorité de la pensée internationale relative aux principes qui régissent la responsabilité en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves (qui seuls peuvent justifier le refus d’asile au demandeur qui constitue par ailleurs une personne à protéger).

[49] Il ne fait aucun doute que, pour le Canada, le *Statut de Rome* fait autorité quant aux principes applicables en droit pénal international. Non seulement notre pays en est-il signataire, mais il l’a incorporé au droit canadien par l’adoption de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24.

[50] L’article 25 du *Statut de Rome* donne le détail des modes de perpétration possibles. On dit de ces différents moyens d’engager sa responsabilité pénale qu’ils sont l’aboutissement des efforts de la communauté internationale pour codifier la responsabilité pénale individuelle en droit international : A. Cassese, « From Nuremberg to Rome : International Military Tribunals to the

A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (2002), 3, at pp. 3-4; and E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (2012), at pp. 74-75.

[51] That said, we may not rely exclusively on the approach of the International Criminal Court (“ICC”) to complicity. Despite its importance, the *Rome Statute* cannot be considered as a complete codification of international criminal law. International criminal law derives from a diversity of sources which include the growing body of jurisprudence of international criminal courts: *Cassese’s International Criminal Law*, at pp. 9-21. Article 1F(a) of the *Refugee Convention* refers generally to international instruments and the ICC itself has relied on the jurisprudence of *ad hoc* tribunals to interpret its own statute: *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of Charges, 16 December 2011 (ICC, Pre-Trial Chamber I), at para. 280. See also B. Goy, “Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals” (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1, at p. 4. In *Mugesera*, at paras. 82 and 126, this Court highlighted the international law expertise of the *ad hoc* tribunals and explained that the decisions of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (“ICTY”) and the International Criminal Tribunal for Rwanda “should not be disregarded lightly by Canadian courts applying domestic legislative provisions . . . which expressly incorporate customary international law”: para. 126. Accordingly, while our focus will remain on the most recent codification of international criminal law in the *Rome Statute*, we will also consider other sources, more particularly the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals.

[52] As explained above, we are concerned here with the dividing line between mere association and culpable complicity. While further distinctions between modes of commission may be important

International Criminal Court », dans A. Cassese, P. Gaeta et J. R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. I (2002), 3, p. 3-4; E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (2012), p. 74-75.

[51] Cela dit, nous ne pouvons nous appuyer seulement sur la manière dont la Cour pénale internationale (« CPI ») interprète la notion de complicité. Malgré son importance, le *Statut de Rome* ne peut être considéré comme une codification complète du droit pénal international. Celui-ci découle de sources diverses (par exemple, la jurisprudence de plus en plus abondante des cours pénales internationales) : *Cassese’s International Criminal Law*, p. 9-21. De son côté, l’art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés* renvoie de manière générale aux instruments internationaux, et la CPI se fonde elle-même sur la jurisprudence de tribunaux *ad hoc* pour interpréter sa propre loi : *Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011 (CPI, Chambre préliminaire I), par. 280. Voir aussi B. Goy, « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court : A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals » (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1, p. 4. Dans *Mugesera*, par. 82 et 126, notre Cour souligne l’expertise des tribunaux *ad hoc* en matière de droit international et explique que « les cours de justice canadiennes appliquant des dispositions de droit interne [. . .] qui incorporent expressément le droit international coutumier, ne devraient pas [. . .] écarter [les décisions du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (« TPIY ») et du Tribunal pénal international pour le Rwanda] à la légère » : par. 126. Par conséquent, même si notre analyse s’appuie surtout sur la plus récente codification du droit pénal international que constitue le *Statut de Rome*, nous tenons compte également d’autres sources, notamment la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

[52] Rappelons aussi que le présent pourvoi intéresse la distinction entre la simple association et la complicité coupable. Si d’autres distinctions entre les modes de commission peuvent importer

for sentencing purposes, exclusion from refugee protection applies when there are serious reasons for considering that an individual has committed an international crime, whatever the mode of commission happens to be. Our task then is to identify threshold criteria for the application of the exclusionary clause, art. 1F(a) of the *Refugee Convention*. Accordingly, the broadest modes of commission recognized under current international criminal law are most relevant to our complicity analysis, namely, common purpose liability under art. 25(3)(d) of the *Rome Statute* and joint criminal enterprise developed in the *ad hoc* jurisprudence.

[53] These two related modes have adapted the concept of individual criminal responsibility to the collective aspects of international crime. However, as the following analysis will show, individual criminal responsibility has not been stretched so far as to capture complicity by mere association or passive acquiescence. In other words, when we look to international criminal law for guidance, even the broadest modes of commission require a link between the individual and the crime or criminal purpose of a group. Therefore, to the extent that the Federal Court of Appeal's reasons expand complicity under art. 1F(a) in such a way that it includes mere complicity by association or passive acquiescence, they should not be followed. We shall return below, in greater detail, to this issue.

E. *Common Purpose Under Article 25(3)(d) of the Rome Statute*

[54] Article 25(3)(d) of the *Rome Statute* recognizes a broad residual mode of commission by capturing conduct that “[i]n any other way contributes” to a crime committed or attempted by a group acting with a common purpose:

3. . . . a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

. . . .

aux fins de la détermination de la peine, la disposition qui a pour effet d'écartier la protection accordée aux réfugiés ne s'applique que lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile a commis un crime international, indépendamment du mode de commission. Il nous faut dès lors établir le seuil d'exclusion applicable suivant l'art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*. Notre examen de la complicité doit donc tenir compte des modes de commission les plus généraux que reconnaît actuellement le droit pénal international, à savoir le fait d'agir de concert dans un dessein commun suivant l'art. 25(3)d) du *Statut de Rome* et l'entreprise criminelle conjointe, notion issue de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

[53] Pour ces deux modes connexes, la notion de responsabilité pénale individuelle a été adaptée à la dimension collective du crime international. Cependant, comme le montre l'analyse qui suit, elle n'a pas été étendue au point d'englober la complicité par simple association ou l'acquiescement passif. En d'autres mots, lorsque nous nous reportons au droit pénal international, nous constatons que même pour les modes de perpétration les plus généraux, il doit exister un lien entre la personne et le crime ou le dessein criminel d'un groupe. Ainsi, dans la mesure où, aux fins de l'art. 1Fa), l'arrêt de la Cour d'appel fédérale élargit la notion de complicité de manière à englober la simple complicité par association ou l'acquiescement passif, il ne doit pas être suivi. Nous y reviendrons plus en détail.

E. *Dessein commun aux fins de l'art. 25(3)d) du Statut de Rome*

[54] L'article 25(3)d) du *Statut de Rome* établit un mode de commission résiduel général, à savoir « contribue[r] de toute autre manière » à la commission d'un crime (ou à la tentative de commission) par un groupe de personnes agissant de concert dans un dessein commun :

3. . . . une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

. . . .

- | | |
|---|---|
| <p>(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:</p> <p>(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or</p> <p>(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;</p> | <p>d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :</p> <p>i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ou</p> <p>ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime;</p> |
|---|---|

See *Cassese's International Criminal Law*, at pp. 175-76.

Voir *Cassese's International Criminal Law*, p. 175-176.

[55] In other words, art. 25(3)(d) captures contributions to a crime where an individual did not have control over the crime and did not make an *essential* contribution as required for co-perpetration under art. 25(3)(a), did not incite, solicit or induce the crime under art. 25(3)(b), or did not intend to aid or abet a certain specific crime under art. 25(3)(c): *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012 (ICC, Trial Chamber I), at para. 999; *Prosecutor v. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, Decision on the Confirmation of Charges, 23 January 2012 (ICC, Pre-Trial Chamber II), at para. 354; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the Decision on the Confirmation of Charges, 30 May 2012 (ICC, Appeals Chamber), at para. 8, *per* Judge Fernández de Gurmendi, concurring; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007 (ICC, Pre-Trial Chamber I), at para. 337; and Lafontaine, at pp. 237-38.

[55] En d'autres termes, l'art. 25(3)d cible la contribution à la commission d'un crime d'une personne qui n'avait pas de pouvoir sur l'exécution du crime et qui n'a pas fait de contribution *essentielle* comme l'exige la notion de coaction à l'art. 25(3)a), qui n'a pas incité, sollicité ou encouragé la commission du crime au sens de l'art. 25(3)b) ou qui n'avait pas l'intention de faciliter la commission du crime ou d'apporter son aide à sa commission selon l'art. 25(3)c) : *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012 (CPI, Chambre de première instance I), par. 999; *Prosecutor c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, décision sur la confirmation des charges, 23 janvier 2012 (CPI, Chambre préliminaire II), par. 354; *Prosecutor c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, jugement sur l'appel du Procureur contre la décision sur les charges, 30 mai 2012 (CPI, Chambre d'appel), par. 8, avec l'accord de la juge Fernández de Gurmendi; *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 (CPI, Chambre préliminaire I), par. 337; Lafontaine, p. 237-238.

[56] The *actus reus* under para. (d) is distinguishable from the preceding paragraphs under art. 25(3) primarily by the magnitude of contribution required. While the jurisprudence is not completely

[56] C'est surtout le degré de contribution exigé qui distingue l'*actus reus* correspondant à l'al. d) de celui que prévoient les alinéas précédents du par. 25(3). La jurisprudence n'est pas définitivement

settled, a pre-trial chamber of the ICC has said that the level of contribution required by art. 25(3)(d) is lower than the forms of commission under paras. (a) to (c). Where commission under para. (a) requires an essential contribution, and para. (c) a substantial one, Pre-Trial Chamber I has concluded that art. 25(3)(d) requires only a significant contribution: *Mbarushimana*, at paras. 279-85.

[57] While the phrase “any other way” captures every imaginable contribution in a qualitative sense, it does not necessarily apply as broadly in a quantitative sense. Not every contribution, no matter how minor, will be caught by art. 25(3)(d). Setting the threshold at significant contribution is critical. As Pre-Trial Chamber I of the ICC said in *Mbarushimana*, at para. 277:

. . . such a threshold is necessary to exclude contributions which, because of their level or nature, were clearly not intended by the drafters of the Statute to give rise to individual criminal responsibility. For instance, many members of a community may provide contributions to a criminal organisation in the knowledge of the group’s criminality, especially where such criminality is public knowledge. Without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed.

[58] The pre-trial chamber went on to explain that the significance of a contribution will depend on the facts of each case, “as it is only by examining a person’s conduct in proper context that a determination can be made as to whether a given contribution has a larger or smaller effect on the crimes committed”: *Mbarushimana*, at para. 284. On an appeal by the Prosecutor, the majority of the Appeals Chamber declined to determine the degree of contribution required under art. 25(3)(d): paras. 65-69.

établie, mais une chambre préliminaire de la CPI a affirmé que le degré de contribution exigé aux fins de l’art. 25(3)d) est moindre que celui requis pour l’application des al. a) à c). Alors que l’al. a) exige une contribution essentielle, et l’al. c) une contribution substantielle, la Chambre préliminaire I conclut que l’art. 25(3)d) requiert seulement une contribution significative : *Mbarushimana*, par. 279-285.

[57] L’expression « de toute autre manière » englobe toute contribution imaginable du point de vue qualitatif, mais sa portée n’est pas nécessairement aussi grande sur le plan quantitatif. Toute contribution, aussi minime soit-elle, ne tombe pas sous le coup de l’art. 25(3)d). Il est crucial que le seuil fixé soit celui de la contribution significative. Comme le note la Chambre préliminaire I de la CPI dans *Mbarushimana*, par. 277 :

. . . un tel seuil est nécessaire pour exclure des contributions qui, dans l’esprit des auteurs du Statut, n’étaient clairement pas d’un degré ou d’une nature suffisants pour déclarer engagée la responsabilité pénale individuelle. Par exemple, de nombreux membres d’une communauté peuvent apporter des contributions à une organisation criminelle en ayant connaissance de la criminalité du groupe, surtout lorsque cette criminalité est de notoriété publique. Si on ne fixe pas de seuil au degré d’assistance, tout propriétaire, commerçant, prestataire de services (y compris publics), secrétaire, gardien ou même contribuable apportant une quelconque contribution à la commission de crimes internationaux par un groupe répondrait aux éléments requis pour voir sa responsabilité engagée en vertu de l’article 25-3-d, à raison d’une contribution infinitésimale aux crimes commis.

[58] La Chambre préliminaire I explique ensuite que l’importance de la contribution dépend des faits de l’espèce, « puisque ce n’est qu’en examinant le comportement d’une personne dans son contexte qu’on peut déterminer dans quelle mesure une contribution a eu un effet plus ou moins grand sur les crimes commis » : *Mbarushimana*, par. 284. Par ailleurs, sur appel interjeté par le Procureur, la Chambre d’appel refuse à la majorité de préciser le degré de contribution requis à l’art. 25(3)d) : par. 65-69.

[59] As for the *mens rea* requirement, the text of art. 25(3)(d) states that a contribution must be intentional, “made with the aim of furthering the criminal activity or purpose of the group” or “in the knowledge of the intention of the group to commit the crime”. The Pre-Trial Chamber I explained in *Mbarushimana*, at para. 289, that individuals may be complicit in crimes without possessing the *mens rea* required by the crime itself:

Differently from aiding and abetting under article 25(3)(c) of the Statute, for which intent is always required, knowledge is sufficient to incur liability for contributing to a group of persons acting with a common purpose, under article 25(3)(d) of the Statute. Since knowledge of the group’s criminal intentions is sufficient for criminal responsibility, it is therefore not required for the contributor to have the intent to commit any specific crime and not necessary for him or her to satisfy the mental element of the crimes charged.

[60] While the subjective element under art. 25(3)(d) can take the form of intent (accused intends to contribute to a group’s criminal purpose) or knowledge (accused is aware of the group’s intention to commit crimes), recklessness is likely insufficient. The text of art. 25(3)(d) itself does not refer to conduct that *might* contribute to a crime or criminal purpose, and the mental element codified by art. 30 has been held to exclude *dolus eventualis*, that is, the awareness of a mere risk of prohibited consequences: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the *Rome Statute*, 15 June 2009 (ICC, Pre-Trial Chamber II), at para. 360. We note that Pre-Trial Chamber I took a different view of art. 30 in *Lubanga*, at paras. 351-55.

[61] As the foregoing demonstrates, complicity under art. 25(3)(d) is not based on rank within or association with a group, but on intentionally or knowingly contributing to a group’s crime or criminal purpose.

[59] S’agissant de la *mens rea* requise, il ressort de l’art. 25(3)d) que la contribution doit être intentionnelle, qu’elle doit « [v]iser à faciliter l’activité criminelle ou le dessein criminel du groupe » ou « [ê]tre faite en pleine connaissance de l’intention du groupe de commettre ce crime ». Dans l’affaire *Mbarushimana*, la Chambre préliminaire I explique au par. 289 de ses motifs qu’une personne peut être complice d’un crime sans avoir la *mens rea* nécessaire à sa perpétration :

À la différence de l’aide et du concours visés à l’article 25-3-c du Statut, pour lesquels l’intention est toujours requise, la connaissance suffit pour déclarer engagée en vertu de l’article 25-3-d du Statut la responsabilité de celui qui a apporté sa contribution à un groupe de personnes agissant de concert dans la poursuite d’un dessein commun. Étant donné que la connaissance des intentions criminelles du groupe suffit pour engager la responsabilité pénale, il n’est pas requis que celui qui apporte une contribution ait l’intention de commettre un crime spécifique, ni nécessaire qu’il satisfasse à l’élément moral des crimes reprochés.

[60] Bien que l’élément subjectif puisse, pour les besoins de l’art. 25(3)d), revêtir la forme de l’intention (de contribuer au dessein criminel d’un groupe) ou de la connaissance (de l’intention du groupe de commettre des crimes), l’insouciance ne paraîtrait pas suffire. Le texte même de l’art. 25(3)d) ne renvoie pas au comportement *susceptible* de contribuer à une activité criminelle ou à un dessein criminel, et on a conclu que l’élément psychologique circonscrit à l’art. 30 exclut le dol éventuel, c’est-à-dire la conscience du simple risque que le comportement entraîne des conséquences prohibées : *Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, décision rendue en application des art. 61(7)a) et b) du *Statut de Rome*, 15 juin 2009 (CPI, Chambre préliminaire II), par. 360. Signalons que, dans *Lubanga*, par. 351-355, la Chambre préliminaire I interprète différemment l’art. 30.

[61] Comme le montre ce qui précède, la complicité visée à l’art. 25(3)d) n’est pas liée au poste occupé au sein d’un groupe ou à l’association au groupe, mais à la contribution intentionnelle ou consciente aux crimes ou au dessein criminel de ce groupe.

F. *Joint Criminal Enterprise*

[62] Having considered the broadest form of accessory liability under the *Rome Statute*, we now turn to what is perhaps the broadest and most controversial mode of liability recognized by the *ad hoc* tribunals: joint criminal enterprise. See *Cassese's International Criminal Law*, at pp. 163-75; Cryer, at p. 372.

[63] Even though joint criminal enterprise is considered to be a form of principal liability, it is relevant to our task of setting threshold criteria for art. 1F(a) of the *Refugee Convention*. The line between principal and accessory is not necessarily drawn consistently across international and domestic criminal law. Joint criminal enterprise, like common purpose liability under art. 25(3)(d), captures “lesser” contributions to a crime than aiding and abetting. While aiding and abetting likely requires a substantial contribution to a certain specific crime, joint criminal enterprise and common purpose liability can arise from a significant contribution to a criminal purpose. To the extent that the ICTY Trial Chamber may be seen to have applied a more exacting standard in *Prosecutor v. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, Judgment, 30 May 2013 (ICTY, Trial Chamber I), it is not in accordance with prevailing appellate authority: *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999 (ICTY, Appeals Chamber), at para. 229, cited in Lafontaine, at p. 237; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, Judgment, 3 April 2007 (ICTY, Appeals Chamber), at paras. 427-28 and 430. Joint criminal enterprise therefore captures individuals who could easily be considered as secondary actors complicit in the crimes of others: Cryer, at p. 372; S. Manacorda and C. Meloni, “Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” (2011), 9 *J.I.C.J.* 159, at pp. 166-67.

F. *Entreprise criminelle commune*

[62] Après examen de la forme de responsabilité accessoire la plus générale que prévoit le *Statut de Rome*, nous passons maintenant à ce qui constitue peut-être le mode d’engagement de la responsabilité le plus général et le plus controversé que reconnaissent les tribunaux *ad hoc*, soit l’entreprise criminelle commune. Voir *Cassese's International Criminal Law*, p. 163-175, et Cryer, p. 372.

[63] Même si l’entreprise criminelle commune est source de responsabilité principale, il nous faut en tenir compte dans l’établissement d’un seuil minimal pour l’application de l’art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*. Le tracé de la ligne de démarcation entre responsabilité principale et responsabilité accessoire n’est pas nécessairement constant en droit pénal international et en droit pénal canadien. La responsabilité découlant de l’entreprise criminelle commune, comme celle fondée sur le dessein commun et visée à l’art. 25(3)d), requiert une contribution « moindre » à la commission d’un crime que celle liée au fait d’aider ou d’encourager. Bien que l’aide et l’encouragement exigent une contribution substantielle à un crime précis, la responsabilité fondée sur l’entreprise criminelle commune ou le dessein commun peut aussi découler d’une contribution significative à un dessein criminel. Dans la mesure où, dans *Prosecutor c. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, jugement, 30 mai 2013 (TPIY, Chambre de première instance I), elle paraît appliquer un critère plus strict, la Chambre de première instance du TPIY rompt avec la jurisprudence de la Chambre d’appel : *Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999 (TPIY, Chambre d’appel), par. 229, cité dans Lafontaine, p. 237; *Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, arrêt, 3 avril 2007 (TPIY, Chambre d’appel), par. 427-428 et 430. L’entreprise criminelle commune peut donc être le fait d’une personne qui pourrait facilement être considérée comme un auteur secondaire mais, en même temps, le complice du crime commis par autrui : Cryer, p. 372; S. Manacorda et C. Meloni, « Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? » (2011), 9 *J.I.C.J.* 159, p. 166-167.

[64] In *Tadić*, the ICTY articulated three forms of joint criminal enterprise: paras. 196-206. For all three, the *actus reus* is a “significant” contribution to the criminal enterprise: *Brđanin*, at para. 430.

[65] However, the *mens rea* varies for each form. The first form, JCE I, requires shared intent to perpetrate a certain crime. The second, JCE II, requires knowledge of a system of ill treatment and intent to further this system. The third, JCE III, requires intention to participate in and further the criminal activity or purpose of the group, and intent to contribute to the joint criminal enterprise or the commission of a crime by the group. Under JCE III, liability can extend to a crime other than one agreed to in the common plan if the accused intended to participate in and further the criminal activity of the group and (i) it was foreseeable that such a crime might be perpetrated by members of the group and (ii) the accused willingly took that risk. In other words, where an accused intends to contribute to the common purpose, JCE III captures not only knowing contributions but reckless contributions: see *Tadić*, at para. 228.

[66] Despite the overlap between joint criminal enterprise and art. 25(3)(d), ICC jurisprudence has kept the two modes distinct. Commentators suggest that JCE III will not play a role at the ICC, largely because of the recklessness component: van Sliedregt, at p. 101; Lafontaine, at p. 238; A. Cassese, “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise” (2007), 5 *J.I.C.J.* 109, at p. 132; Manacorda and Meloni, at p. 176.

[67] For our purposes, we simply note that joint criminal enterprise, even in its broadest form, does not capture individuals merely based on rank or association within an organization or an institution: *Cassese’s International Criminal Law*, at p. 163. It requires that the accused have made, at a minimum, a significant contribution to the

[64] Dans *Tadić*, par. 196-206, le TPIY établit trois types d’entreprise criminelle commune (« ECC »). Dans les trois cas, l’*actus reus* s’entend d’une contribution « significative » à l’entreprise criminelle : *Brđanin*, par. 430.

[65] La *mens rea* varie cependant d’un type à l’autre. Le premier requiert l’intention partagée de commettre un crime spécifique. Le deuxième requiert la connaissance par l’accusé de l’existence d’un système de mauvais traitements et son intention d’y contribuer. Pour ce qui est du troisième, l’accusé doit avoir eu l’intention de participer et de contribuer à l’activité criminelle ou au dessein criminel du groupe, et de contribuer à l’entreprise criminelle commune ou à la commission d’un crime par le groupe. Dans le cas du troisième type d’ECC, une personne peut être tenue responsable d’un autre crime que celui projeté en commun si elle avait l’intention de participer et de contribuer à l’activité criminelle du groupe, et (i) qu’il était prévisible qu’un tel crime soit commis par l’un ou l’autre des membres du groupe, et (ii) qu’elle a délibérément couru ce risque. Autrement dit, lorsqu’un accusé a l’intention de contribuer au dessein commun, le troisième type d’ECC englobe non seulement la contribution consciente, mais aussi celle qui est imputable à l’insouciance : voir *Tadić*, par. 228.

[66] Malgré le chevauchement de l’entreprise criminelle commune et de l’art. 25(3)(d), la jurisprudence de la CPI tient les deux modes de commission pour distincts. Selon certains auteurs, la CPI n’appliquerait pas le troisième type d’ECC, surtout à cause de l’élément d’insouciance qu’il comporte : van Sliedregt, p. 101; Lafontaine, p. 238; A. Cassese, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007), 5 *J.I.C.J.* 109, p. 132; Manacorda et Meloni, p. 176.

[67] Pour les besoins du présent pourvoi, mentionnons simplement que le seul fait d’exercer des fonctions dans une organisation ou une institution ou d’être associée à celle-ci n’équivaut pas à une entreprise criminelle commune, même dans sa forme la plus large : *Cassese’s International Criminal Law*, p. 163. L’accusé doit à tout le moins

group's crime or criminal purpose, made with some form of subjective awareness (whether it be intent, knowledge, or recklessness) of the crime or criminal purpose. In other words, this form of liability, while broad, requires more than a nexus between the accused and the group that committed the crimes. There must be a link between the accused's conduct and the criminal conduct of the group: *Brđanin*, at paras. 427-28; Lafontaine, at p. 234; Cryer, at p. 369.

G. *Summary of Complicity Under International Law*

[68] In sum, while the various modes of commission recognized in international criminal law articulate a broad concept of complicity, individuals will not be held liable for crimes committed by a group simply because they are associated with that group, or because they passively acquiesced to the group's criminal purpose. At a minimum, complicity under international criminal law requires an individual to knowingly (or, at the very least, recklessly) contribute in a significant way to the crime or criminal purpose of a group.

H. *Comparative Law and Decisions of Other National Courts*

[69] Other state parties to the *Refugee Convention* have approached art. 1F(a) in a manner that adheres to the minimum requirements for complicity set by the international law principles discussed above.

[70] In *J.S.*, the U.K. Supreme Court rejected the presumption that an individual is complicit in war crimes if he joins an organization, even where that organization has a limited and brutal purpose. Lord Hope of Craighead D.P.S.C., concurring, stated that "mere membership of an organisation that is committed to the use of violence for political ends is not enough to bring an appellant within the exclusion clauses": para. 43; see also paras. 31 and 44. Rather, as Lord Kerr of Tonaghmore J.S.C., also concurring, wrote, decision makers

avoir apporté une contribution significative au crime du groupe ou à son dessein criminel, tout en ayant été animé d'une certaine conscience subjective (que ce soit l'intention, la connaissance ou l'insouciance) du crime ou du dessein criminel. En d'autres mots, cette forme de responsabilité, bien qu'elle soit étendue, exige davantage qu'un lien entre l'accusé et le groupe qui a commis le crime. Il doit exister un lien entre le comportement de l'accusé et le comportement criminel du groupe : *Brđanin*, par. 427-428; Lafontaine, p. 234; Cryer, p. 369.

G. *Complicité en droit international — résumé*

[68] En bref, bien que les divers modes de commission reconnus en droit pénal international définissent les contours d'un concept général de complicité, une personne n'est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu'elle est associée à ce groupe ou qu'elle a passivement acquiescé à son dessein criminel. En droit pénal international, on ne peut conclure à la complicité d'une personne que si elle a consciemment (ou, du moins, par insouciance) apporté une contribution significative au crime ou au dessein criminel d'un groupe.

H. *Droit comparé et décisions d'autres tribunaux nationaux*

[69] D'autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés* ont interprété l'art. 1Fa) au regard des exigences minimales en matière de complicité établies par les principes du droit international examinés précédemment.

[70] Dans *J.S.*, la Cour suprême du Royaume-Uni a écarté la présomption selon laquelle l'individu qui se joint à une organisation coupable de crimes de guerre est complice de ces crimes, même lorsque le dessein de l'organisation est circonscrit et brutal. Le lord Hope de Craighead, président adjoint de la Cour suprême, motifs concordants, a opiné que [TRADUCTION] « sa seule appartenance à une organisation qui recourt à la violence à des fins politiques ne suffit pas à le faire tomber sous le coup des dispositions portant exclusion » : par. 43;

must “concentrate on the actual role played by the particular person, taking all material aspects of that role into account so as to decide whether the required degree of participation is established”: para. 55. In his view, this approach “accord[s] more closely . . . with the spirit of articles 25 and 30 of the ICC Rome Statute”: para. 57.

[71] According to *J.S.*, an individual would only be excluded under art. 1F(a) “if there are serious reasons for considering him voluntarily to have contributed in a significant way to the organisation’s ability to pursue its purpose of committing war crimes, aware that his assistance will in fact further that purpose”: para. 38.

[72] To assess the accused’s mental state and degree of participation, *J.S.* provides factors that are remarkably similar to those used by Canadian courts in art. 1F(a) cases:

. . . (i) the nature and (potentially of some importance) the size of the organisation and particularly that part of it with which the asylum seeker was himself most directly concerned, (ii) whether and, if so, by whom the organisation was proscribed, (iii) how the asylum seeker came to be recruited, (iv) the length of time he remained in the organisation and what, if any, opportunities he had to leave it, (v) his position, rank, standing and influence in the organisation, (vi) his knowledge of the organisation’s war crimes activities, and (vii) his own personal involvement and role in the organisation including particularly whatever contribution he made towards the commission of war crimes. [para. 30]

[73] These factors are largely subsumed by the six “non-exhaustive” factors set out in *Ryivuze v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 134, 325 F.T.R. 30, at para. 38:

- (1) the nature of the organization;
- (2) the method of recruitment;

voir aussi par. 31 et 44. Le décideur doit plutôt, selon le lord juge Kerr de Tonaghmore, motifs également concordants, [TRADUCTION] « s’attacher au rôle véritable de la personne et tenir compte de tous les aspects importants de ce rôle pour conclure que le degré de participation requis est établi ou non » : par. 55. Selon lui, cette interprétation « s’accorde au mieux [. . .] avec l’esprit des art. 25 et 30 du *Statut de Rome* de la CPI » : par. 57.

[71] Selon *J.S.*, une personne n’est inadmissible suivant l’art. 1Fa) que [TRADUCTION] « s’il existe des raisons sérieuses de penser qu’elle a volontairement contribué de manière significative à faire en sorte que l’organisation puisse poursuivre son objectif de commettre des crimes de guerre, alors qu’elle savait que son aide permettrait la réalisation de cet objectif » : par. 38.

[72] Pour déterminer l’état d’esprit et le degré de participation de l’accusé, la cour s’appuie sur des considérations qui s’apparentent beaucoup à celles prises en compte par les tribunaux canadiens pour l’application de l’art. 1Fa) :

[TRADUCTION] . . . (i) la nature et (ce qui pourrait revêtir une certaine importance) la taille de l’organisation et, plus particulièrement, de la section de l’organisation à laquelle le demandeur d’asile était le plus directement associé, (ii) le fait que l’organisation était proscrite ou non, et dans l’affirmative, l’auteur de cette proscription, (iii) la façon dont le demandeur d’asile a été recruté, (iv) la durée de son appartenance à l’organisation et les possibilités qu’il a eues, le cas échéant, de la quitter, (v) son poste, son grade, son statut et son influence au sein de l’organisation, (vi) sa connaissance des crimes de guerre commis par l’organisation et (vii) sa participation personnelle à l’organisation, de même que sa fonction au sein de celle-ci, y compris, surtout, sa contribution quelle qu’elle soit à la commission de crimes de guerre. [*J.S.*, par. 30]

[73] Ces considérations sont pour l’essentiel subsumées sous celles, « non exhaustives », énoncées dans *Ryivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 134 (CanLII), par. 38 :

- (1) la nature de l’organisation;
- (2) la méthode de recrutement;

- (3) position/rank in the organization;
- (4) knowledge of the organization's atrocities;
- (5) the length of time in the organization; and
- (6) the opportunity to leave the organization.

[74] The factors recognized in U.K. and Canadian jurisprudence help guard against a complicity analysis that would exclude individuals from refugee protection on the basis of mere membership or failure to dissociate from a multifaceted organization which is committing war crimes.

[75] Similarly, United States appellate jurisprudence on refugee exclusions does not recognize complicity based on passive acquiescence or "tangential" contributions. While the U.S. "persecutor bar" does not directly incorporate art. 1F(a), it nevertheless represents an approach to exclusion that would only capture those who have committed international crimes as recognized by international criminal law: A.F., at para. 167. A recent decision by the Second Circuit Court of Appeals said:

... the mere fact that [a person] may be associated with an enterprise that engages in persecution is insufficient by itself to trigger the effects of the persecutor bar. As the Supreme Court's oft-quoted dicta in *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490, 101 S.Ct. 737, 66 L.Ed.2d 686 (1981), illustrates, a "guilt by association" approach to the persecutor bar is improper

... Before [a claimant] may be held personally accountable for assisting in acts of persecution, there must be some evidence that he himself engaged in conduct that assisted in the persecution of another.

(*Xu Sheng Gao v. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007), at paras. 5-6, cited in P. Zambelli, "Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law" (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 252, at pp. 284-85.)

- (3) le poste ou le grade au sein de l'organisation;
- (4) la connaissance des atrocités commises par l'organisation;
- (5) la période de temps passée dans l'organisation;
- (6) la possibilité de quitter l'organisation.

[74] Les considérations prises en compte par les tribunaux britanniques et canadiens contribuent à éviter que l'analyse relative à la complicité débouche sur l'exclusion de la protection des réfugiés sur le fondement de la seule appartenance à une organisation multiforme qui se livre à des crimes de guerre ou sur la seule omission de se dissocier de celle-ci.

[75] De même, les décisions américaines rendues en appel relativement au refus du droit d'asile ne reconnaissent pas la complicité fondée sur l'acquiescement passif ou la contribution trop indirecte. La disposition américaine qui empêche que l'asile soit accordé au persécuteur n'incorpore pas directement l'art. 1F(a), mais son interprétation veut néanmoins que seule soit inadmissible la personne ayant commis un crime international au sens du droit pénal international : m.a., par. 167. Voici un extrait d'une décision récente de la Second Circuit Court of Appeals :

[TRANSLATION] . . . le simple fait qu'[une personne] soit associée à une entreprise de persécution ne suffit pas en soi à donner effet à la disposition qui prévoit le refus du droit d'asile. Comme il appert de la remarque incidente de la Cour suprême dans *Fedorenko c. United States*, 449 U.S. 490, 101 S.Ct. 737, 66 L.Ed.2d 686 (1981), maintes fois citée, la « culpabilité par association » ne saurait justifier le refus du droit d'asile

... Pour qu'[un demandeur] puisse être tenu personnellement responsable d'aide à la perpétration d'actes de persécution, certains éléments doivent établir que ses actes ont contribué à la persécution d'autrui.

(*Xu Sheng Gao c. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007), par. 5-6, cité dans P. Zambelli, « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law » (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 252, p. 284-285.)

[76] In our view, the approach to complicity adopted by these state parties adheres to the UNHCR's recommendation in its Guidelines, at para. 18, although it would ask for a "substantial" contribution:

For exclusion to be justified, individual responsibility must be established in relation to a crime covered by Article 1F. . . . In general, individual responsibility flows from the person having committed, or made a substantial contribution to the commission of the criminal act, in the knowledge that his or her act or omission would facilitate the criminal conduct. The individual need not physically have committed the criminal act in question. Instigating, aiding and abetting and participating in a joint criminal enterprise can suffice.

[77] In sum, the foregoing approaches to complicity all require a nexus between the individual and the group's crime or criminal purpose. An individual can be complicit without being present at the crime and without physically contributing to the crime. However, the UNHCR has explained, and other state parties have recognized, that to be excluded from the definition of refugee protection, there must be evidence that the individual knowingly made at least a significant contribution to the group's crime or criminal purpose. Passive membership would not be enough, as indicated above in paras. 70-76.

I. *The Canadian Approach to Criminal Participation Has Been Overextended*

[78] Before being overturned by the Federal Court of Appeal, the Federal Court's decision in this case was viewed as a potential signal of "a clearer jurisprudence, more closely tied to international standards and to the original wording of the Convention": A. Kaushal and C. Dauvergne, "The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions" (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 54, at p. 85. The Federal Court rightly concluded that neither mere membership in a government that had committed international crimes nor knowledge of those crimes is enough to establish complicity: para. 4.

[76] À notre avis, la notion de complicité retenue par ces États parties respecte la recommandation du HCR dans les Principes directeurs, par. 18, bien qu'il préconise l'exigence d'une contribution « substantielle » :

Pour que l'exclusion soit justifiée, il faut que la responsabilité individuelle soit établie en liaison avec un crime couvert par l'article 1F. [. . .] En général, la responsabilité individuelle découle du fait que la personne a commis ou a contribué de manière substantielle à la commission de l'acte criminel, en sachant que son acte ou son omission favoriserait la conduite criminelle. Il n'est pas nécessaire que la personne ait physiquement commis l'acte criminel en question. L'instigation, la complicité et la participation à une entreprise criminelle commune peuvent suffire.

[77] En résumé, les interprétations qui précèdent exigent toutes un lien entre l'individu et le crime ou le dessein criminel du groupe pour qu'il y ait complicité. Un individu peut être complice d'un crime auquel il n'a ni assisté, ni contribué matériellement. Cependant, comme l'explique le HCR et le reconnaissent d'autres États parties, pour refuser le droit d'asile à une personne, il faut prouver qu'elle a consciemment contribué de manière à tout le moins significative au crime perpétré par le groupe ou à la réalisation de son dessein criminel. L'appartenance passive au groupe ne suffit pas, comme nous l'indiquons aux par. 70-76.

I. *L'élargissement indu de la notion de participation criminelle par les tribunaux canadiens*

[78] Avant qu'elle ne soit infirmée en Cour d'appel fédérale, on voyait dans la décision de la Cour fédérale rendue en l'espèce l'amarce éventuelle d'une [TRADUCTION] « jurisprudence plus nette, plus étroitement liée aux normes internationales et au libellé d'origine de la Convention » : A. Kaushal et C. Dauvergne, « The Growing Culture of Exclusion : Trends in Canadian Refugee Exclusions » (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 54, p. 85. La Cour fédérale a conclu avec raison que ni la seule appartenance à un gouvernement qui s'est rendu coupable de crimes internationaux, ni la connaissance de ces crimes ne suffisent pour établir la complicité : par. 4.

[79] In our view, the Federal Court's approach in this case brings appropriate restraint to the test for complicity that had, in some cases, inappropriately shifted its focus towards the criminal activities of the group and away from the individual's contribution to that criminal activity: see, for example, *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 F.T.R. 143; *Mpia-Mena-Zambili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1349, 281 F.T.R. 54, at paras. 45-47; *Fabela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1028, 277 F.T.R. 20, at paras. 14-19. By answering "yes" to the certified question, the Federal Court of Appeal's reasons could be seen as having endorsed an overextended approach to complicity, one that captures complicity by association or passive acquiescence.

[80] As Noël J.A. noted in this case, a senior official *may* be complicit in the government's crimes "by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes". Nonetheless, the Federal Court of Appeal reasons should not be improperly relied on to find complicity even where the individual has committed no guilty act and has no criminal knowledge or intent, beyond a mere awareness that other members of the government have committed illegal acts.

[81] In our view, it is necessary to rearticulate the Canadian approach to art. 1F(a) to firmly foreclose exclusions based on such broad forms of complicity. Otherwise, high-ranking officials might be forced to abandon their legitimate duties during times of conflict and national instability in order to maintain their ability to claim asylum. Furthermore, a concept of complicity that leaves any room for guilt by association or passive acquiescence violates two fundamental criminal law principles.

[82] It is well established in international criminal law that criminal liability does not attach to omissions unless an individual is under a duty to act: *Cassese's International Criminal Law*,

[79] À notre sens, l'approche de la Cour fédérale en l'espèce resserre à juste titre le critère qui permet de conclure ou non à la complicité, un critère qui, dans certains cas, s'était attaché indûment aux activités criminelles du groupe plutôt qu'à la contribution de l'individu à ces activités criminelles : voir par exemple *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15817 (C.F.); *Mpia-Mena-Zambili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1349 (CanLII), par. 45-47; *Fabela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1028 (CanLII), par. 14-19. En répondant par l'affirmative à la question certifiée, la Cour d'appel fédérale peut donner à penser qu'elle avalise une interprétation trop large de la complicité, une interprétation qui englobe la complicité par association ou acquiescement passif.

[80] Le juge Noël écrit en l'espèce qu'« en demeurant en poste sans protest et en continuant à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu'il a connaissance des crimes commis par ce gouvernement », un haut fonctionnaire *peut* se rendre complice de ces crimes. On ne saurait toutefois invoquer indûment les motifs de la Cour d'appel fédérale pour conclure à la complicité d'une personne alors même qu'elle n'a accompli aucun acte coupable et n'a eu aucune connaissance ou intention criminelle, mais a seulement su que d'autres membres du gouvernement avaient commis des actes illégaux.

[81] À notre avis, il est nécessaire de revoir l'interprétation canadienne de l'art. 1Fa) afin d'exclure clairement le refus de protection fondé sur une notion aussi étendue de la complicité. Faute de le faire, un haut fonctionnaire pourrait devoir cesser d'exercer ses fonctions légitimes en période de conflit ou d'instabilité nationale afin de ne pas être déchu de son droit à l'asile. De plus, la complicité susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif va à l'encontre de deux principes fondamentaux du droit pénal.

[82] Il est bien établi en droit pénal international que l'omission n'emporte pas de responsabilité pénale, sauf obligation d'agir : *Cassese's International Criminal Law*, p. 180-182. Par conséquent,

at pp. 180-82. Accordingly, unless an individual has control or responsibility over the individuals committing international crimes, he or she cannot be complicit by simply remaining in his or her position without protest: *Ramirez*, at pp. 319-20. Likewise, guilt by association violates the principle of individual criminal responsibility. Individuals can only be liable for their own culpable conduct: van Sliedregt, at p. 17.

[83] Accordingly, the decision of the Federal Court of Appeal should not be taken to leave room for rank-based complicity by association or passive acquiescence. Such a reading would perpetuate a departure from international criminal law and fundamental criminal law principles.

J. *The Canadian Test for Complicity Refined*

[84] In light of the foregoing reasons, it has become necessary to clarify the test for complicity under art. 1F(a). To exclude a claimant from the definition of “refugee” by virtue of art. 1F(a), there must be serious reasons for considering that the claimant has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose.

[85] We will address these key components of the contribution-based test for complicity in turn. In our view, they ensure that decision makers do not overextend the concept of complicity to capture individuals based on mere association or passive acquiescence.

(1) Voluntary Contribution to the Crime or Criminal Purpose

[86] It goes without saying that the contribution to the crime or criminal purpose must be voluntarily made. While this element is not in issue in this case, it is easy to foresee cases where an individual would otherwise be complicit in war crimes but had no realistic choice but to participate in the crime. To assess the voluntariness of a contribution, decision makers should, for example, consider the method of

à moins d’un contrôle exercé sur les auteurs individuels d’un crime international, nul ne peut se rendre complice seulement en continuant d’exercer ses fonctions sans protester : *Ramirez*, p. 319-320. De même, la culpabilité par association viole le principe de la responsabilité pénale individuelle. Une personne ne peut être responsable que de ses propres actes coupables : van Sliedregt, p. 17.

[83] On ne doit pas considérer que la décision de la Cour d’appel fédérale permet de conclure à la complicité par association du fait de la fonction exercée ni à celle fondée sur l’acquiescement passif, car ce serait perpétuer une rupture avec le droit pénal international et les principes fondamentaux du droit pénal.

J. *Resserrement du critère appliqué au Canada en matière de complicité*

[84] Compte tenu de ce qui précède, il devient nécessaire de clarifier la notion de complicité aux fins de l’application de l’art. 1Fa). Pour refuser l’asile à un demandeur sur le fondement de cette disposition, il doit exister des raisons sérieuses de penser qu’il a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation.

[85] Nous examinons chacune des caractéristiques clés de cette notion de complicité axée sur la contribution. Il s’agit à notre avis de conditions propres à empêcher un décideur d’élargir la notion indûment et de conclure à la complicité d’une personne pour simple association ou acquiescement passif.

(1) Caractère volontaire de la contribution aux crimes ou au dessein criminel

[86] Il va sans dire que la contribution au crime ou au dessein criminel doit être volontaire. Cette caractéristique n’est pas contestée en l’espèce, mais on peut aisément concevoir le cas d’un individu qui aurait été complice d’un crime de guerre sans avoir vraiment eu le choix d’y participer. Pour déterminer le caractère volontaire ou non d’une contribution, le décideur doit par exemple tenir compte du mode de

recruitment by the organization and any opportunity to leave the organization. The voluntariness requirement captures the defence of duress which is well recognized in customary international criminal law, as well as in art. 31(1)(d) of the *Rome Statute: Cassese's International Criminal Law*, at pp. 215-16.

(2) Significant Contribution to the Group's Crime or Criminal Purpose

[87] In our view, mere association becomes culpable complicity for the purposes of art. 1F(a) when an individual makes a *significant* contribution to the crime or criminal purpose of a group. As Lord Brown J.S.C. said in *J.S.*, to establish the requisite link between the individual and the group's criminal conduct, the accused's contribution does not have to be "directed to specific identifiable crimes" but can be directed to "wider concepts of common design, such as the accomplishment of an organisation's purpose by whatever means are necessary including the commission of war crimes": para. 38. This approach to art. 1F(a) is consistent with international criminal law's recognition of collective and indirect participation in crimes discussed above, as well as s. 21(2) of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which attaches criminal liability based on assistance in carrying out a common unlawful purpose.

[88] Given that contributions of almost every nature to a group could be characterized as furthering its criminal purpose, the degree of the contribution must be carefully assessed. The requirement of a significant contribution is critical to prevent an unreasonable extension of the notion of criminal participation in international criminal law.

(3) Knowing Contribution to the Crime or Criminal Purpose

[89] To be complicit in crimes committed by the government, the official must be aware of the government's crime or criminal purpose and aware

recrutement de l'organisation et des possibilités de quitter celle-ci. L'exigence du caractère volontaire permet au demandeur d'invoquer la contrainte, un moyen de défense effectivement reconnu en droit pénal international coutumier, ainsi qu'à l'art. 31(1)(d) du *Statut de Rome : Cassese's International Criminal Law*, p. 215-216.

(2) Contribution significative aux crimes ou au dessein criminel

[87] Selon nous, la simple association devient complicité coupable aux fins de l'art. 1F(a) lorsqu'une personne apporte une contribution *significative* aux crimes ou au dessein criminel d'un groupe. Comme l'affirme le lord juge Brown dans *J.S.*, l'existence du lien requis entre la personne et le comportement criminel du groupe n'exige pas que la contribution de l'accusé [TRADUCTION] « vise la perpétration de crimes identifiables précis »; elle peut viser un « dessein commun plus large, comme la réalisation de l'objectif d'une organisation par tous les moyens nécessaires, y compris la commission de crimes de guerre » : para. 38. Cette interprétation de l'art. 1F(a) s'accorde avec la reconnaissance par le droit pénal international de la participation collective et indirecte aux crimes en question, ainsi qu'avec le par. 21(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui impute une responsabilité pénale à quiconque prête son concours à la réalisation d'une fin commune illégale.

[88] Étant donné que toute forme ou presque de contribution apportée à un groupe peut être considérée comme favorisant la réalisation de son dessein criminel, le degré de contribution doit être soupesé avec soin. L'exigence voulant que la contribution soit significative se révèle cruciale afin d'éviter un élargissement déraisonnable de la notion de participation criminelle en droit pénal international.

(3) La contribution consciente aux crimes ou au dessein criminel

[89] Pour être complice de crimes gouvernementaux, un fonctionnaire doit être au courant de leur perpétration ou du dessein criminel du

that his or her *conduct* will assist in the furtherance of the crime or criminal purpose.

[90] In our view, this approach is consistent with the *mens rea* requirement under art. 30 of the *Rome Statute*. Article 30(1) explains that “a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge”. Article 30(2)(a) explains that a person has intent where he “means to engage in the conduct”. With respect to consequences, art. 30(2)(b) requires that the individual “means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events”. Knowledge is defined in art. 30(3) as “awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events”.

(4) Applying the Test

[91] Whether there are serious reasons for considering that an individual has committed international crimes will depend on the facts of each case. Accordingly, to determine whether an individual’s conduct meets the *actus reus* and *mens rea* for complicity, several factors may be of assistance. The following list combines the factors considered by courts in Canada and the U.K., as well as by the ICC. It should serve as a guide in assessing whether an individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a crime or criminal purpose:

- (i) the size and nature of the organization;
- (ii) the part of the organization with which the refugee claimant was most directly concerned;
- (iii) the refugee claimant’s duties and activities within the organization;
- (iv) the refugee claimant’s position or rank in the organization;

gouvernement et savoir que son *comportement* facilitera la perpétration des crimes ou la réalisation du dessein criminel.

[90] Nous estimons que cette approche est conforme au type de *mens rea* exigé à l’art. 30 du *Statut de Rome*. L’article 30(1) dispose en effet que « nul n’est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d’un crime relevant de la compétence de la [CPI] que si l’élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance ». L’article 30(2)(a) précise qu’il y a intention chez une personne lorsqu’elle « entend adopter [l]e comportement ». En ce qui concerne les conséquences, l’art. 30(2)(b) exige que la personne « entend[e] causer cette conséquence ou [soit] consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ». Suivant l’art. 30(3), il y a connaissance lorsqu’une « personne est consciente qu’une circonstance existe ou qu’une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ».

(4) L’application du critère

[91] L’existence de raisons sérieuses de penser qu’une personne a commis des crimes internationaux dépend des faits de chaque affaire. Dès lors, pour déterminer si les actes d’un individu correspondent à l’*actus reus* et à la *mens rea* exigés pour qu’il y ait complicité, plusieurs considérations peuvent se révéler utiles. L’énumération qui suit rassemble celles retenues par les tribunaux canadiens et britanniques, de même que par la CPI. Elle permet de baliser l’analyse visant à déterminer si une personne a ou non volontairement apporté une contribution significative et consciente à un crime ou à un dessein criminel :

- (i) la taille et la nature de l’organisation;
- (ii) la section de l’organisation à laquelle le demandeur d’asile était le plus directement associé;
- (iii) les fonctions et les activités du demandeur d’asile au sein de l’organisation;
- (iv) le poste ou le grade du demandeur d’asile au sein de l’organisation;

- (v) the length of time the refugee claimant was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose; and
- (vi) the method by which the refugee claimant was recruited and the refugee claimant's opportunity to leave the organization.

See *Ryivuze*, at para. 38; *J.S.*, at para. 30; and *Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, at para. 284.

[92] When relying on these factors for guidance, the focus must always remain on the individual's contribution to the crime or criminal purpose. Not only are the factors listed above diverse, they will also have to be applied to diverse circumstances encompassing different social and historical contexts. Refugee claimants come from many countries and appear before the Board with their own life experiences and backgrounds in their respective countries of origin. Thus, the assessment of the factors developed in our jurisprudence, the decisions of the courts of other countries, and the international community will necessarily be highly contextual. Depending on the facts of a particular case, certain factors will go "a long way" in establishing the requisite elements of complicity. Ultimately, however, the factors will be weighed with one key purpose in mind: to determine whether there was a voluntary, significant, and knowing contribution to a crime or criminal purpose.

[93] In the present case, it will be for the Board to determine which factors are significant, based on the application before it. To provide guidance to the Board in making this determination, it may be of assistance to briefly elaborate on each of the factors listed above.

[94] *The size and nature of the organization.* The size of an organization could help determine the likelihood that the claimant would have known of and participated in the crime or criminal purpose. A smaller organization could increase that likelihood. That likelihood could also be

- (v) la durée de l'appartenance du demandeur d'asile à l'organisation (surtout après qu'il a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel);
- (vi) le mode de recrutement du demandeur d'asile et la possibilité qu'il a eue ou non de quitter l'organisation.

Voir *Ryivuze*, par. 38; *J.S.*, par. 30; *Mbarushimana*, décision relative à la confirmation des charges, par. 284.

[92] Malgré la prise en compte de ces considérations, l'analyse doit toujours s'attacher à la contribution de l'individu au crime ou au dessein criminel. Non seulement sont-elles diverses, mais ces considérations s'appliqueront à des situations elles aussi diverses où le contexte socio-historique diffèrera d'un cas à l'autre. Les réfugiés proviennent de nombreux pays et chacun d'eux se présente devant la Commission pour y relater son propre vécu et son propre parcours dans le pays d'origine. Dès lors, l'examen des considérations retenues par nos tribunaux et ceux d'autres pays, ainsi que par la communauté internationale, devra nécessairement être particulièrement contextuel. Selon les faits de l'affaire, certaines joueront plus que d'autres dans l'établissement des éléments constitutifs de la complicité. Cependant, au bout du compte, ces considérations seront soupesées dans le but principal de déterminer s'il y a eu une contribution à la fois volontaire, significative et consciente à un crime ou à un dessein criminel.

[93] Dans la présente affaire, il appartiendra à la Commission d'arrêter les considérations pertinentes eu égard aux faits du dossier. Pour l'aider dans cette tâche, il convient peut-être que nous développons quelque peu chacune des considérations susmentionnées.

[94] *La taille et la nature de l'organisation.* La taille de l'organisation pourrait permettre de se prononcer sur la vraisemblance que le demandeur ait connu ses crimes ou son dessein criminel ou qu'il y ait contribué. La taille de l'organisation est inversement proportionnelle à la vraisemblance

impacted by the nature of the organization. If the organization is multifaceted or heterogeneous, i.e. one that performs both legitimate and criminal acts, the link between the contribution and the criminal purpose will be more tenuous. In contrast, where the group is identified as one with a limited and brutal purpose, the link between the contribution and the criminal purpose will be easier to establish. In such circumstances, a decision maker may more readily infer that the accused had knowledge of the group's criminal purpose and that his conduct contributed to that purpose. That said, even for groups with a limited and brutal purpose, the individual's conduct and role within the organization must still be carefully assessed, on an individualized basis, to determine whether the contribution was voluntarily made and had a significant impact on the crime or criminal purpose of the group.

[95] *The part of the organization with which the refugee claimant was most directly concerned.* This factor may be relevant if particular parts of the organization were known to be involved with the crime or criminal purpose. For example, where only one part of the organization in question was involved in the crime or criminal purpose, a claimant's exclusive affiliation with another part(s) of the organization may serve to exonerate him or her for the purpose of art. 1F(a).

[96] *The refugee claimant's duties and activities within the organization.* This factor is likely to be significant in any analysis of complicity, because it goes to the heart of a claimant's day-to-day participation in the activities of the organization. The Board should consider the link between the duties and activities of a claimant, and the crimes and criminal purposes of the organization.

[97] *The refugee claimant's position or rank in the organization.* A high ranking individual in an organization may be more likely to have knowledge of that organization's crime or criminal purpose.

de la connaissance et de la contribution. Cette vraisemblance peut également varier en fonction de la nature du groupe. Lorsque celui-ci est multi-forme ou hétérogène (par exemple, lorsqu'il exerce à la fois des activités légitimes et des activités criminelles), le lien entre la contribution et le dessein criminel sera plus ténu. En revanche, lorsque l'organisation sera animée d'un dessein circonscrit et brutal, le lien sera plus facile à établir. En pareilles circonstances, un décideur peut être plus enclin à inférer que l'accusé connaissait le dessein criminel du groupe et qu'il a contribué à sa réalisation. Cela dit, même dans le cas d'un groupe animé d'un dessein circonscrit et brutal, les actes et la fonction de l'individu en son sein doivent tout de même être soupesés avec soin, au regard de la situation propre à cet individu, pour déterminer si sa contribution était volontaire et si elle a eu une incidence importante sur le crime ou le dessein criminel du groupe.

[95] *La section de l'organisation à laquelle le demandeur d'asile était le plus directement associé.* Cette considération peut se révéler pertinente lorsque l'implication de certaines composantes de l'organisation dans la perpétration du crime ou leur participation à la réalisation du dessein criminel était connue. À titre d'exemple, dans l'éventualité où une seule composante aurait été associée au crime ou au dessein criminel, le fait que le demandeur a seulement appartenu à une ou à plusieurs autres composantes pourrait l'exonérer aux fins de l'application de l'art. 1Fa).

[96] *Les fonctions et les activités du demandeur d'asile au sein de l'organisation.* Cette considération devrait se révéler pertinente aux fins de statuer sur la complicité, car elle vise précisément la participation du demandeur aux activités quotidiennes de l'organisation. La Commission doit se pencher sur le lien entre les fonctions et les activités du demandeur d'asile et les crimes et le dessein criminel de l'organisation.

[97] *Le poste ou le grade du demandeur d'asile au sein de l'organisation.* Plus une personne se situe au sommet de la hiérarchie de l'organisation, plus elle est susceptible d'avoir connaissance de ses crimes et

In some cases, a high rank or rapid ascent through the ranks of an organization could evidence strong support of the organization's criminal purpose. Moreover, by virtue of their position or rank, individuals may have effective control over those directly responsible for criminal acts, possibly engaging art. 28 of the *Rome Statute*.

[98] *The length of time the refugee claimant was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose.* It may be easier to establish complicity where an individual has been involved with the organization for a longer period of time. This would increase the chance that the individual had knowledge of the organization's crime or criminal purpose. A lengthy period of involvement may also increase the significance of an individual's contribution to the organization's crime or criminal purpose.

[99] *The method by which the refugee claimant was recruited and the refugee claimant's opportunity to leave the organization.* As mentioned, these two factors directly impact the voluntariness requirement. This requirement may not be satisfied if an individual was coerced into joining, supporting, or remaining in the organization. Similarly, an individual's involvement with an organization may not be voluntary if he or she did not have the opportunity to leave, especially after acquiring knowledge of its crime or criminal purpose. The Board may wish to consider whether the individual's specific circumstances (i.e. location, financial resources, and social networks) would have eased or impeded exit.

[100] We reiterate that the factors discussed above should be relied on only for guidance. We agree with Lord Kerr J.S.C.'s statement in *J.S.*, at para. 55:

. . . they are not necessarily exhaustive of the matters to be taken into account, nor will each of the factors be inevitably significant in every case. One needs, I believe, to concentrate on the actual role played by the particular

de son dessein criminel. Parfois, un poste élevé ou une ascension rapide peut attester l'existence d'un grand appui au dessein criminel de l'organisation. Qui plus est, en raison du poste qu'elle occupe ou du rang auquel elle s'est hissée, une personne peut, de fait, exercer un contrôle sur les auteurs d'actes criminels, ce qui pourrait emporter l'application de l'art. 28 du *Statut de Rome*.

[98] *La durée de l'appartenance du demandeur d'asile à l'organisation (surtout après qu'il a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel).* L'appartenance de longue date peut faciliter la preuve de la complicité. Elle accroît en effet la possibilité que l'individu ait connu les crimes commis par l'organisation ou son dessein criminel. Elle peut également accroître l'importance de la contribution de l'intéressé aux crimes ou au dessein criminel de l'organisation.

[99] *Le mode de recrutement du demandeur d'asile et la possibilité qu'il a ou non de quitter l'organisation.* Comme nous l'indiquons plus haut, ces deux considérations jouent directement sur le caractère volontaire de la contribution. L'individu contraint de se joindre au groupe, de l'appuyer ou d'en demeurer membre pourrait ne pas avoir agi volontairement. De même, sa participation pourrait ne pas se révéler volontaire s'il n'a pas eu la possibilité de quitter le groupe, surtout après qu'il a appris l'existence de son activité ou de son dessein criminels. La Commission pourra se demander si la situation propre au demandeur (le lieu où il se trouvait, ses ressources financières et son réseau social) était de nature à faciliter son départ ou à y faire obstacle.

[100] Nous rappelons que les considérations énumérées précédemment ne doivent servir qu'à baliser l'examen du dossier. À cet égard, nous souscrivons aux propos suivants du lord juge Kerr dans *J.S.*, par. 55 :

[TRADUCTION] . . . elles ne font pas nécessairement état de tous les éléments à examiner et chacune ne s'applique pas à tout coup. J'estime qu'il faut s'attacher au rôle véritable de la personne et tenir compte de tous les aspects

person, taking all material aspects of that role into account so as to decide whether the required degree of participation is established.

A full contextual analysis would necessarily include any viable defences, including, but certainly not limited to, the defence of duress, discussed above.

K. *Evidentiary Standard: Serious Reasons for Considering*

[101] Ultimately, the above contribution-based test for complicity is subject to the unique evidentiary standard contained in art. 1F(a) of the *Refugee Convention*. To recall, the Board does not make determinations of guilt. Its exclusion decisions are therefore not based on proof beyond a reasonable doubt nor on the general civil standard of the balance of probabilities. Rather, art. 1F(a) directs it to decide whether there are “serious reasons for considering” that an individual has committed war crimes, crimes against humanity or crimes against peace. For guidance on applying the evidentiary standard, we agree with Lord Brown J.S.C.’s reasons in *J.S.*, at para. 39:

It would not, I think, be helpful to expatiate upon article 1F’s reference to there being “serious reasons for considering” the asylum seeker to have committed a war crime. Clearly the tribunal in *Gurung’s* case [2003] Imm AR 115 (at the end of para 109) was right to highlight “the lower standard of proof applicable in exclusion clause cases” — lower than that applicable in actual war crimes trials. That said, “serious reasons for considering” obviously imports a higher test for exclusion than would, say, an expression like “reasonable grounds for suspecting”. “Considering” approximates rather to “believing” than to “suspecting”. I am inclined to agree with what Sedley LJ said in *Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department* [2009] Imm AR 624, para 33:

“[The phrase used] sets a standard above mere suspicion. Beyond this, it is a mistake to try to paraphrase the straightforward language of the Convention: it has to be treated as meaning what it says.”

importants de ce rôle pour conclure que le degré de participation requis est établi ou non.

L’analyse du contexte en entier englobe nécessairement les moyens de défense opposables, y compris celui fondé sur la contrainte, dont nous avons fait état.

K. *Norme de preuve : raisons sérieuses de penser*

[101] Enfin, la norme de preuve particulière établie à l’art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés* s’applique pour déterminer s’il y a ou non complicité découlant de la contribution suivant le critère énoncé précédemment. Rappelons que la Commission ne statue pas sur la culpabilité. Ses décisions de refus d’asile ne sont donc pas fondées sur une preuve établie hors de tout doute raisonnable ou selon la norme de la prépondérance des probabilités généralement applicable en matière civile. L’article 1Fa) demande plutôt à la Commission de décider s’il existe ou non des « raisons sérieuses de penser » que le demandeur a commis un crime de guerre, un crime contre l’humanité ou un crime contre la paix. Au chapitre de l’application de la norme de preuve, nous souscrivons aux motifs du lord juge Brown dans *J.S.*, par. 39 :

[TRADUCTION] Il me paraît vain de s’étendre sur la mention à l’art. 1F de « raisons sérieuses de penser » que le demandeur d’asile a commis un crime de guerre. De toute évidence, dans *Gurung* [2003] Imm AR 115 (à la fin du par. 109), le tribunal insiste avec raison sur « la norme de preuve moins stricte qui vaut dans une affaire d’exclusion de la protection », une norme moins stricte que celle applicable dans un procès pour crime de guerre. Cela dit, les mots « raisons sérieuses de penser » emportent certainement l’application d’un critère plus strict en la matière que, par exemple, les termes « motifs raisonnables de soupçonner ». Le sens du verbe « penser » se rapproche davantage du fait de « croire » que du fait de « soupçonner ». J’incline à convenir avec le lord juge Sedley, qui se prononce dans *Al-Sirri c. Secretary of State for the Home Department* [2009] Imm AR 624, par. 33 :

« [L’expression utilisée] établit une norme plus stricte et il doit y avoir plus qu’un soupçon. Pour le reste, on s’efforce à tort de paraphraser le libellé clair de la Convention : celle-ci doit être interprétée en fonction de son libellé. »

[102] In our view, this unique evidentiary standard is appropriate to the role of the Board and the realities of an exclusion decision addressed above. The unique evidentiary standard does not, however, justify a relaxed application of fundamental criminal law principles in order to make room for complicity by association.

III. Conclusion

[103] For the foregoing reasons, we would allow the appeal, with costs throughout, and remit the matter to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board for redetermination in accordance with these reasons. A new panel shall apply the contribution-based test for complicity outlined above. A detailed assessment is required to determine whether the particular facts of this case establish serious reasons for considering that the *actus reus* and *mens rea* for complicity are present and therefore justify excluding the appellant from the definition of refugee by operation of art. 1F(a) of the *Refugee Convention*.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Jared Will, Montréal; Boisclair & Legault, Montréal; Peter Shams, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: Waldman & Associates, Toronto; United Nations High Commissioner for Refugees, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa; South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Centre for International Justice and the International

[102] À notre avis, cette norme de preuve particulière est appropriée eu égard au rôle de la Commission et à la réalité d'un refus d'asile dont nous faisons état dans les présents motifs. Toutefois, elle ne justifie pas un assouplissement des principes fondamentaux du droit pénal qui reconnaîtrait la complicité par association.

III. Conclusion

[103] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de renvoyer l'affaire à la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour qu'elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs. Pour déterminer s'il y a eu complicité ou non, la nouvelle formation appliquera le critère fondé sur la contribution exposé précédemment. Elle se livrera à un examen approfondi afin de déterminer si les faits particuliers de l'espèce établissent l'existence de l'*actus reus* et de la *mens rea* de la complicité et justifient ainsi le refus à l'appelant de la protection des réfugiés par application de l'art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelant : Jared Will, Montréal; Boisclair & Legault, Montréal; Peter Shams, Montréal.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : Waldman & Associates, Toronto; Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie Internationale : Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Centre canadien pour la justice internationale et International

Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law: Torys, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: University of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Canadian Civil Liberties Association, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: University of Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.

Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law : Torys, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : University of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Association canadienne des libertés civiles, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Université d'Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.

Yousanthan Youvarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association *Intervener*

INDEXED AS: R. v. YOUVARAJAH

2013 SCC 41

File No.: 34732.

2013: February 20; 2013: July 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Murder trial — Co-accused witness recanting previous statement implicating accused in murder — Trial judge finding prior inconsistent statement not meeting threshold reliability test — Whether prior inconsistent statement was sufficiently reliable to be considered by jury for truth of its contents.

The accused, Y, and D.S., the co-accused shooter, were charged with first degree murder after a failed drug deal. D.S. was tried separately as a young offender. He pleaded guilty to second degree murder. As part of his plea agreement, D.S. signed a written Agreed Statement of Facts (ASF) drafted by Crown counsel, with input from defence counsel. The ASF directly implicated Y in the murder. At the time of his plea, D.S. acknowledged the accuracy of the ASF. The ASF was neither videotaped nor preceded by sworn oath or affirmation.

During Y's trial, the Crown asked D.S. to adopt the ASF. D.S. testified that he could not remember signing the document, but acknowledged that it bore his signature. D.S. further denied the facts in the ASF implicating Y. In response to D.S.'s denials, the Crown sought

Yousanthan Youvarajah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Criminal Lawyers' Association *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. YOUVARAJAH

2013 CSC 41

N° du greffe : 34732.

2013 : 20 février; 2013 : 25 juillet.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Procès pour meurtre — Témoin coaccusé revenant sur une déclaration antérieure impliquant l'accusé dans un meurtre — Conclusion du juge du procès selon laquelle la déclaration antérieure incompatible n'atteint pas le seuil de fiabilité nécessaire — La déclaration antérieure incompatible était-elle suffisamment fiable pour être présentée au jury comme preuve de la véracité de son contenu?

Le prévenu, Y, et D.S., le tireur, ont été accusés de meurtre au premier degré après qu'une transaction de drogue a mal tourné. D.S. a été jugé séparément en tant que jeune contrevenant. Il a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans le cadre de l'entente sur le plaidoyer, D.S. a souscrit l'exposé conjoint des faits qu'avait rédigé l'avocat du ministère public avec l'apport de l'avocat de la défense. Suivant l'exposé conjoint des faits, Y était directement impliqué dans le meurtre. Lors de l'inscription du plaidoyer, D.S. a attesté l'exactitude de l'exposé conjoint des faits. La lecture de ce dernier n'a pas été enregistrée sur bande vidéo ni n'était précédée d'un serment ou d'une affirmation solennelle.

Au procès d'Y, l'avocat du ministère public a demandé à D.S. d'adopter l'exposé conjoint des faits. D.S. a affirmé qu'il ne se souvenait pas d'avoir souscrit le document, mais il a reconnu qu'il portait bel et bien sa signature. Il a ensuite nié les faits impliquant Y qui y

to adduce the ASF for the truth of its contents. Following a *voir dire*, the trial judge found insufficient means for the jury to assess the reliability of the ASF as a prior inconsistent statement and ruled the signed ASF did not meet the threshold reliability required for it to be admissible as evidence for the truth of its contents. When D.S. asserted solicitor-client privilege, the ability to cross-examine was curtailed and the trial judge found the opportunity for an effective cross-examination at trial was to a large extent illusory. The trial judge granted the defence's application for a directed order acquitting Y. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held (Rothstein and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: A prior inconsistent statement of a non-accused witness may be admitted for the truth of its contents if the following reliability indicia are met: (1) the statement is made under oath or solemn affirmation after a warning as to possible sanctions if the person is untruthful; (2) the statement is videotaped or recorded in its entirety; and (3) the opposing party has a full opportunity to cross-examine the witness on the statement. The prior inconsistent statement's threshold reliability may also be established by: (1) the presence of adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability); and (2) sufficient circumstantial guarantees of reliability or an inherent trustworthiness (substantive reliability). A trial judge is well-placed to assess the hearsay dangers in a particular case and the effectiveness of any safeguards to assist in overcoming them. Thus, absent an error in principle, the trial judge's determination of threshold reliability is entitled to deference.

In this case, the trial judge did not err in finding that there were insufficient safeguards to establish threshold reliability to admit the ASF as evidence for the truth of its contents. Only a full and complete opportunity to cross-examine would have provided a genuine basis on which to assess the reliability of D.S.'s statements. D.S.'s invocation of solicitor-client privilege, however, curtailed significantly the cross-examination available to assess the threshold reliability of the prior inconsistent statement.

étaient énoncés. En réponse aux dénégations de D.S., le ministère public a voulu faire admettre l'exposé conjoint des faits comme preuve de la véracité de son contenu. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès estimait les moyens invoqués insuffisants pour permettre au jury d'apprécier la fiabilité de l'exposé signé à titre de déclaration antérieure incompatible, et a conclu que ce dernier n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être admis en preuve pour établir la véracité de son contenu. En invoquant le secret professionnel de l'avocat, D.S. a coupé court au contre-interrogatoire, et le juge du procès était d'avis que la possibilité d'y procéder de manière efficace au procès était dans une large mesure illusoire. Le juge du procès a accueilli la requête de la défense et imposé un verdict d'acquiescement. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Rothstein et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Une déclaration antérieure incompatible d'un témoin non accusé peut être admise comme preuve de la véracité de son contenu si les indices de fiabilité suivants sont présents : (1) le témoin fait la déclaration sous serment ou affirmation solennelle après avoir reçu une mise en garde au sujet des sanctions qui peuvent lui être infligées s'il ne dit pas la vérité, (2) la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo ou audio et (3) la partie adverse a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Les éléments suivants peuvent également permettre de satisfaire au critère du seuil de fiabilité : (1) l'existence de substituts adéquats permettant de vérifier la véracité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural) et (2) des garanties circonstancielles suffisantes ou une fiabilité intrinsèque (fiabilité découlant de la nature de la preuve). Le juge du procès est bien placé pour apprécier les dangers associés au oui-dire dans une affaire donnée et l'efficacité des garanties permettant de les écarter. Par conséquent, en l'absence d'une erreur de principe de la part du juge du procès, il faut faire preuve de retenue à l'égard de sa conclusion quant au seuil de fiabilité.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'inexistence de garanties suffisantes empêchait d'établir le seuil de fiabilité nécessaire pour faire admettre l'exposé conjoint des faits comme preuve de la véracité de son contenu. Seule la possibilité voulue de contre-interroger D.S. aurait véritablement permis d'évaluer la fiabilité de ses déclarations. Le fait qu'il ait invoqué le secret professionnel de l'avocat a toutefois restreint sensiblement les questions visant à déterminer

The Crown could not have probed the conversations between D.S. and his counsel about legal advice in connection with his decision to plead guilty or to accept the ASF. The trial judge may have overstated the scope of solicitor-client privilege and its consequences for the cross-examination of D.S.; however, any overstatement would not have had a material impact on the conclusion that cross-examination was not, in this case, a sufficient means to satisfy threshold reliability.

The Crown cannot ask for a new trial on the basis that the prosecution should have been conducted differently. The trial judge did not preclude the Crown from conducting a more probing cross-examination of the witness or from calling other witnesses about the creation of the ASF. The trial judge made no comments suggesting that there should be no further cross-examination of the witness on the *voir dire*. The judge was not asked for a ruling on this issue. Had Crown counsel wished to call further evidence, he could have sought direction. Since this was the same Crown counsel who had prosecuted D.S. at his separate youth trial, and who negotiated the plea bargain and drafted the ASF, he knew what D.S. or his lawyers could say about those matters, outside the scope of solicitor-client privilege.

The trial judge did not err in finding that the circumstances surrounding the making of the prior inconsistent statement did not provide sufficient guarantees of substantive reliability. The circumstantial guarantees of trustworthiness asserted by the Crown — the thorough process in creating the ASF, the involvement of counsel, and the solemnity of the guilty plea proceeding — do not establish threshold reliability for the statements from which D.S. recanted, which served to minimize his involvement in the murder and shift responsibility to Y. In the circumstances of this case, the formality of the process and the involvement of counsel only provide comfort in respect of D.S.'s statements admitting his own culpability for the murder. The administration of justice would not be enhanced in permitting admissions made by a co-accused in his own interest, as part of a plea bargain for a conviction of a lesser crime and favourable sentence, to be used against a co-accused, in circumstances where the reliability of the statements cannot be adequately tested.

Per Rothstein and Wagner JJ. (dissenting): Threshold reliability should be generously interpreted in the

si la déclaration antérieure incompatible atteint le seuil de fiabilité. Le ministère public n'aurait pas pu s'enquérir des conversations entre D.S. et son avocat au sujet des conseils juridiques sous-tendant la décision du premier de plaider coupable ou de souscrire l'exposé conjoint des faits. Le juge du procès a peut-être attribué une portée excessive au secret professionnel de l'avocat et aux conséquences de l'application de ce privilège sur le contre-interrogatoire de D.S.; toutefois, il n'en a pas résulté d'incidence significative sur la conclusion selon laquelle le contre-interrogatoire ne constituait pas, en l'espèce, un moyen suffisant d'établir le seuil de fiabilité.

Le ministère public ne peut demander la tenue d'un nouveau procès au motif que la poursuite aurait dû être menée différemment. Le juge du procès ne l'a pas empêché de procéder à un contre-interrogatoire plus poussé du témoin ou d'en citer d'autres à témoigner sur la rédaction de l'exposé conjoint des faits. Il n'a pas laissé entendre qu'il fallait couper court au contre-interrogatoire dans le cadre du voir-dire. On ne lui avait pas demandé de trancher la question. Si l'avocat du ministère public avait voulu présenter d'autres preuves, il aurait pu s'adresser au juge du procès. Comme il s'agissait du même avocat qui avait poursuivi D.S. dans le cadre d'un procès distinct devant le tribunal pour adolescents, négocié le plaidoyer et rédigé l'exposé conjoint des faits, il savait ce que D.S. ou ses avocats pouvaient dire à ce sujet sans violer le secret professionnel de l'avocat.

Le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que les circonstances entourant la déclaration antérieure incompatible ne fournissaient pas de garanties suffisantes de fiabilité découlant de la nature de la preuve. Les garanties circonstancielles de fiabilité invoquées par le ministère public — à savoir le processus exhaustif de rédaction de l'exposé conjoint des faits, la participation des avocats et le caractère solennel de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité — ne permettent pas d'établir que les déclarations rétractées, qui minimisaient le rôle de D.S. dans le meurtre et en rejetaient la responsabilité sur Y, atteignaient le seuil de fiabilité. Dans les circonstances de l'espèce, la formalité de la procédure et la participation des avocats ne sont garanties que des déclarations de D.S. dans lesquelles il avoue sa culpabilité relativement au meurtre. Ce n'est pas dans l'intérêt de l'administration de la justice que d'admettre en preuve contre un prévenu des aveux intéressés faits par son coaccusé dans le but de négocier un chef d'accusation moindre et une peine qui lui soit favorable lorsque la fiabilité des déclarations ne peut être adéquatement vérifiée.

Les juges Rothstein et Wagner (dissidents) : Le seuil de fiabilité devrait être interprété généreusement lors de

admissibility inquiry. As a general rule, if a statement is accepted for its truth by the courts, and used to balance the liberty interests of the accused with societal considerations such as deterrence and retribution, then that statement provides a level of implicit reliability that warrants consideration in the admissibility inquiry in a subsequent third-party trial. That is not to say that a statement's use and judicial acceptance at a prior proceeding is sufficient in and of itself to meet the reliability requirement of the principled approach. Rather, it is merely a factor that must be considered in the admissibility inquiry, a factor that goes towards meeting the threshold reliability standard. Each case will have to be examined on its particular circumstances when determining threshold reliability, but consideration should certainly be given to the general acceptance of and reliance on statements read in as part of a guilty plea. Limits on cross-examination should not be applied rigidly and absolutely where solicitor-client privilege is asserted. Rather, issues of privilege should be addressed as they arise on cross-examination. This way, relevant information that may not be prohibited by the assertion of privilege may still be elicited, furthering the underlying truth-seeking function of the proceedings.

The question of admissibility in this case must be redetermined in a new trial where threshold reliability can be properly assessed. The trial judge erred in his determination that the ASF did not meet the standard of threshold reliability. He failed to adequately assess the available indicia of reliability and erroneously found the opportunity to cross-examine D.S. to be illusory. That is not to say that the circumstances in this case provide sufficient evidence to conclusively determine that the ASF should be admitted. Rather, the admissibility inquiry was incomplete and did not provide a proper basis for the trial judge to exclude the relevant evidence. The opportunity to cross-examine D.S. was not entirely closed and the trial judge misapprehended the scope and impact of solicitor-client privilege on the opportunity for cross-examination. Had the trial judge permitted the cross-examination to proceed and addressed issues involving solicitor-client privilege as they arose, information sufficient to meet the threshold reliability standard may have been brought forward. D.S.

l'analyse de l'admissibilité. En principe, toute déclaration qui est admise en preuve par le tribunal pour établir la véracité de son contenu et qui est utilisée pour mettre dans la balance le droit à la liberté de l'accusé, d'une part, et des considérations sociales telles que la dissuasion et la répression, d'autre part, comporte implicitement un degré de fiabilité qui justifie qu'on en tienne compte lors de l'analyse de l'admissibilité au cours du procès ultérieur d'un tiers. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'utilisation et l'admission de cette déclaration par le tribunal au cours d'une instance antérieure suffisent à elles seules à répondre à l'exigence de la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée. Il s'agit plutôt simplement d'un facteur dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité, d'un facteur qui contribue à ce qu'il soit jugé que la déclaration en cause réponde au seuil de fiabilité requis. Chaque cas devrait être examiné en fonction de ses circonstances propres lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil de fiabilité; on devrait toutefois tenir compte du fait que, dans l'ensemble, les tribunaux acceptent les déclarations qui sont lues à l'occasion de plaidoyers de culpabilité et s'y fient. On ne devrait pas appliquer de façon rigide et absolue des limites au contre-interrogatoire lorsque le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué. Les questions de privilège doivent plutôt être abordées au fur et à mesure qu'elles sont soulevées lors du contre-interrogatoire. De cette manière, on peut quand même recueillir des renseignements pertinents dont le privilège du secret professionnel de l'avocat ne peut empêcher la communication, favorisant ainsi la recherche de la vérité qui est à la base de tout procès.

En l'espèce, l'admissibilité devrait être réexaminée et tranchée dans le cadre d'un nouveau procès au cours duquel la question du seuil de fiabilité pourrait être examinée comme il se doit. Le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité requis. Il n'a pas bien apprécié les indices de fiabilité qui existaient, et c'est à tort qu'il a estimé que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire. Cela ne veut pas dire pour autant que les circonstances de la présente affaire offrent suffisamment de preuve pour pouvoir déterminer de manière concluante que l'exposé conjoint des faits était admissible. En réalité, l'analyse de l'admissibilité était incomplète et ne permettait pas au juge du procès d'exclure les éléments de preuve pertinents. La possibilité de contre-interroger D.S. n'était pas entièrement perdue et le juge du procès a mal compris tant la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat que ses répercussions sur la possibilité de contre-interroger D.S. Si le juge du procès avait autorisé le contre-interrogatoire et s'il avait

was available for cross-examination, he recalled having made many of the statements within the ASF, he did not dispute understanding the key facts in the ASF which he subsequently denied at Y's trial, and he recalled the ASF being read in at his guilty plea proceeding.

Other factors were available in this case that could have satisfied the trial judge that the circumstances surrounding the drafting and reading in of the ASF provided assurances of reliability equivalent to an oath and presence. If these indicia had been considered and cross-examination had been permitted, it is possible that threshold reliability would have been met. Perhaps the most persuasive indicia of reliability are the nature of the statement and how it was constructed. The ASF tendered as evidence in D.S.'s guilty plea proceeding provides just such a record. Having been reduced to writing, signed not only by D.S. but by both Crown and defence counsel, and having been read in to the record in the context of D.S.'s guilty plea, the source of the document cannot be disputed. This was not a statement that was unilaterally drafted and forced upon D.S. to adopt. Rather, the drafting of the ASF was a collaborative effort where there is evidence that at least one crucial component to the Crown's case against Y was supplied by defence counsel — namely the statement that Y supplied D.S. with the gun. Moreover, D.S. had the opportunity to review the ASF with his counsel prior to signing it and adopting it. This is an important aspect as it refutes any negative inferences that could be drawn against the ASF on the grounds that it was not captured in D.S.'s own words or that D.S. did not understand its contents. Perhaps most importantly, D.S. testified that he understood the three crucial components of the ASF, namely that Y gave D.S. the gun, Y told D.S. to shoot the victim, and demanded that D.S. return the gun. Without more persuasive evidence to the contrary, this essentially forecloses any argument that D.S. lacked understanding of the ASF's contents. Looking beyond the construction of the ASF, the context of the proceedings under which it was read in to court and the contents of the ASF itself provide additional indicia supporting threshold reliability.

tranché les questions de privilège du secret professionnel de l'avocat au fur et à mesure qu'elles se seraient présentées, on aurait peut-être pu mettre en lumière des renseignements suffisants pour qu'il soit satisfait au critère de fiabilité. D.S. était disponible pour être contre-interrogé, il se souvenait d'avoir fait plusieurs des déclarations contenues dans l'exposé conjoint des faits, ne prétendait pas ne pas comprendre les faits essentiels de l'exposé conjoint des faits qu'il avait par la suite niés au procès d'Y et se souvenait que l'exposé conjoint des faits avait été lu lors de l'audience durant laquelle il avait plaidé coupable.

Il existait d'autres facteurs qui auraient pu convaincre le juge du procès que les circonstances entourant la rédaction de l'exposé conjoint des faits et sa lecture à l'occasion du plaidoyer fournissaient des assurances de fiabilité équivalentes à un serment et à un enregistrement vidéo. Si ces indices avaient été examinés et que le contre-interrogatoire avait été autorisé, il aurait pu être satisfait au critère de fiabilité. C'est la nature de la déclaration et la façon dont elle a été élaborée qui constituent sans doute les indices de fiabilité les plus convaincants. L'exposé conjoint des faits déposé en preuve durant l'audience où D.S. a enregistré son plaidoyer de culpabilité constitue précisément un compte rendu de ce type. Comme il a été consigné par écrit, qu'il a été signé non seulement par D.S., mais aussi par le représentant du ministère public et par l'avocat de la défense, et qu'il a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité de D.S., la manière dont la déclaration a été enregistrée est incontestable. Il ne s'agit pas d'une déclaration qui a été rédigée unilatéralement et qu'on a forcé D.S. à adopter. Ce document a plutôt été rédigé en collaboration, et au moins un élément crucial de la preuve à charge du ministère public contre Y a été fourni par l'avocat de la défense, en l'occurrence l'affirmation suivant laquelle Y avait fourni le pistolet à D.S. Qui plus est, ce dernier a eu la possibilité d'examiner l'exposé conjoint des faits avec son avocat avant de le signer et de l'adopter. Cet élément est important, car il réfute toutes inférences négatives tirées de ce document, du fait qu'il ne reprend pas mot à mot les propos de D.S., ou que ce dernier n'en aurait pas compris la teneur. Fait peut-être encore plus important, D.S. a expliqué qu'il comprenait bien les trois éléments cruciaux de l'exposé conjoint des faits, à savoir qu'Y lui avait donné le pistolet, lui avait dit d'abattre la victime et avait exigé qu'il lui remette le pistolet. À défaut d'éléments de preuve plus convaincants à l'effet contraire, tout argument que D.S. ne comprenait pas la teneur de l'exposé conjoint des faits se trouve d'emblée exclu. Indépendamment de la façon dont l'exposé conjoint des faits était libellé, le contexte de l'instance au cours de laquelle il a été versé au dossier et son contenu même fournissent des éléments supplémentaires qui appuient la thèse de l'atteinte du seuil de fiabilité.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237.

By Wagner J. (dissenting)

R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. v. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; *R. v. McGee*, 2009 CanLII 60789; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688.

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston, Mass.: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Moldaver and Simmons J.J.A.), 2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, 284 O.A.C. 300, 278 C.C.C. (3d) 102, 90 C.R. (6th) 184, [2011] O.J. No. 4610 (QL), 2011 CarswellOnt 11167, setting aside the accused's acquittal entered by Flynn J. on March 17, 2010, and ordering a new trial. Appeal allowed and acquittal restored, Rothstein and Wagner J.J. dissenting.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237.

Citée par le juge Wagner (dissident)

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. c. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; *R. c. McGee*, 2009 CanLII 60789; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688.

Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston, Mass. : Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Moldaver et Simmons), 2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, 284 O.A.C. 300, 278 C.C.C. (3d) 102, 90 C.R. (6th) 184, [2011] O.J. No. 4610 (QL), 2011 CarswellOnt 11167, qui a annulé un acquittement inscrit par le juge Flynn le 17 mars 2010 et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et acquittement rétabli; les juges Rothstein et Wagner sont dissidents.

Philip R. Campbell and Jonathan Dawe, for the appellant.

James K. Stewart and Nadia Thomas, for the respondent.

Marie Henein and Matthew Gourlay, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether a co-accused's prior inconsistent statement, implicating the appellant in a murder, was sufficiently reliable to be considered by a jury for the truth of its contents.

[2] The Crown's theory was that the appellant planned the murder and provided the murder weapon to the co-accused shooter. The shooter, in a separate proceeding in youth court, pleaded guilty to second degree murder. In doing so, he adopted a written Agreed Statement of Facts (ASF) in which he shifted responsibility for planning the murder and for obtaining the murder weapon to the appellant.

[3] As a witness in the appellant's murder trial, the shooter resiled from those facts inculcating the appellant and refused to adopt the prior statement. The Crown's case against the appellant collapsed when the trial judge found that the ASF did not meet the threshold reliability required to be admitted for the truth of its contents.

[4] The question before us is whether the trial judge erred in finding that the ASF did not meet threshold reliability to be put before the jury.

Philip R. Campbell et Jonathan Dawe, pour l'appelant.

James K. Stewart et Nadia Thomas, pour l'intimée.

Marie Henein et Matthew Gourlay, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste à savoir si la déclaration antérieure incompatible du coaccusé, impliquant l'appelant dans un meurtre, était suffisamment fiable pour être présentée au jury comme preuve de la véracité de son contenu.

[2] Selon la thèse du ministère public, l'appelant aurait planifié le meurtre et fourni l'arme du crime au tireur coaccusé. Dans une instance distincte devant le tribunal pour adolescents, le tireur a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans le cadre de son plaidoyer, il a souscrit un exposé conjoint des faits dans lequel il rejette sur l'appelant la responsabilité de la planification du meurtre et de l'obtention de l'arme du crime.

[3] Cité à témoigner au procès pour meurtre de l'appelant, le tireur a rétracté les faits incriminant l'appelant et a refusé d'adopter sa déclaration antérieure. La preuve du ministère public contre l'appelant s'est effondrée quand le juge du procès a conclu que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être admis comme preuve de la véracité de son contenu.

[4] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être présenté au jury.

[5] The Court of Appeal concluded that the trial judge erred. However, for the reasons that follow, I would allow the appeal and reinstate the acquittal.

II. Background

[6] Yousanthan Youvarajah, the appellant, and D.S., a minor, were charged with first degree murder after a failed drug deal. On the Crown's theory, Youvarajah planned the murder and provided the murder weapon for D.S. to shoot the victim.

[7] D.S. was tried separately as a young offender. He pleaded guilty to second degree murder and was sentenced as a youth. As part of his plea agreement, D.S. signed the ASF drafted by Crown counsel, with input from defence counsel. In it, D.S. directly implicated the appellant in the murder: the appellant gave D.S. the handgun that was used in the shooting; he ordered D.S. to shoot the victim; and he demanded the return of the handgun after the shooting.

[8] At the time of his plea, D.S. acknowledged the accuracy of the ASF. At the appellant's trial, he testified that he did not understand the words "acknowledged" or "accurate" as used by his counsel at the guilty plea proceedings.

[9] The ASF was neither videotaped nor preceded by sworn oath or affirmation. D.S. was told that, for endorsing the agreed statement, no further statement regarding the murder would be required from him. During his testimony at the appellant's trial, he said that was one of the reasons that motivated him to plead guilty.

[10] During examination-in-chief, the Crown asked D.S. to adopt the ASF. D.S. testified that he could not remember signing the document, but acknowledged that it bore his signature. D.S. further denied the facts in the statement implicating the appellant.

[5] La Cour d'appel était d'avis que le juge du procès avait fait erreur. Cependant, pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

II. Contexte

[6] L'appelant, Yousanthan Youvarajah, et D.S., un mineur, ont été accusés de meurtre au premier degré après qu'une transaction de drogue a mal tourné. Le ministère public prétend que M. Youvarajah aurait planifié le meurtre et fourni l'arme du crime à D.S. pour qu'il abatte la victime.

[7] D.S. a été jugé séparément en tant que jeune contrevenant. Il a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré et s'est vu infliger une peine spécifique. Dans le cadre de l'entente sur le plaidoyer, D.S. a souscrit l'exposé conjoint des faits qu'avait rédigé l'avocat du ministère public avec l'apport de l'avocat de la défense. D.S. y impliquait directement l'appelant dans le meurtre : il aurait remis à D.S. l'arme de poing ayant servi à commettre le crime, lui aurait ordonné de tirer sur la victime et aurait demandé que l'arme lui soit rendue après le meurtre.

[8] Lors de l'inscription du plaidoyer, D.S. a attesté l'exactitude de l'exposé conjoint des faits. Dans son témoignage au procès de l'appelant, il a affirmé n'avoir pas compris les mots [TRADUCTION] « attesté » et « exact » utilisés par son avocat à l'audience relative à son plaidoyer de culpabilité.

[9] La lecture de l'exposé conjoint des faits n'a pas été enregistrée sur bande vidéo ni n'était précédée d'un serment ou d'une affirmation solennelle. On avait dit à D.S. qu'en souscrivant l'exposé conjoint, il ne serait pas tenu de faire d'autres déclarations à propos du meurtre. Dans son témoignage au procès de l'appelant, il a déclaré que c'était notamment pour cette raison qu'il avait plaidé coupable.

[10] Pendant l'interrogatoire principal, l'avocat du ministère public a demandé à D.S. d'adopter l'exposé conjoint des faits. D.S. a affirmé qu'il ne se souvenait pas d'avoir souscrit le document, mais il a reconnu qu'il portait bel et bien sa signature. Il

Instead, D.S. testified that the gun was his own; he shot the victim because of the way he was talking; and he threw the gun into the river after the shooting.

[11] In response to D.S.'s denials, the Crown sought to adduce the ASF for the truth of its contents. The trial judge rejected the Crown's application. At the close of the Crown's case, the trial judge granted the defence's application for a directed order acquitting the appellant.

III. Decisions Below

[12] Following a *voir dire*, Flynn J. ruled that the signed ASF — hearsay evidence by virtue of being an out-of-court statement adduced for the truth of its contents — did not meet the threshold reliability required for it to be admissible as evidence. None of the safeguards identified in this Court's decision in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 (*K.G.B.*), for reducing the dangers associated with hearsay had been undertaken. The statement was not videotaped; there had been no recital of an oath or affirmation; and the transcript of the guilty plea proceedings was not a suitable substitute to assess D.S.'s demeanour and credibility at the time the statement was made. Furthermore, the statement had been drafted by counsel; it was not offered spontaneously and was not in D.S.'s own words.

[13] Referring to *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579 (C.A.), Flynn J. noted that the opportunity for an effective cross-examination at trial would be "to a large extent illusory" where the declarant experiences significant memory lapses or where he recants (*A.R.*, vol. I, at p. 61). D.S.'s refusal to waive solicitor-client privilege precluded questions to D.S. or his counsel about how D.S. came to implicate the appellant (*A.R.*, vol. I, at p. 59).

a ensuite nié les faits impliquant l'appelant qui y étaient énoncés. Il a déclaré au contraire que l'arme lui appartenait, qu'il avait abattu la victime à cause de la manière dont elle s'exprimait et qu'il avait jeté l'arme dans la rivière après le meurtre.

[11] En réponse aux dénégations de D.S., le ministère public a voulu faire admettre l'exposé conjoint des faits comme preuve de la véracité de son contenu, requête que le juge a rejetée. À l'issue de la plaidoirie finale du ministère public, le juge du procès a accueilli la requête de la défense et imposé un verdict d'acquittement.

III. Décisions des juridictions inférieures

[12] À la suite d'un *voir-dire*, le juge Flynn a conclu que l'exposé conjoint des faits signé — une preuve par ouï-dire du fait qu'il s'agit d'une déclaration extrajudiciaire présentée comme preuve de la véracité de son contenu — n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être admis en preuve. Aucune des garanties énoncées dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (*K.G.B.*), de notre Cour visant à atténuer les dangers associés au ouï-dire n'était présente. La lecture de l'exposé n'avait pas été enregistrée sur bande vidéo, D.S. n'avait pas prêté serment ni fait d'affirmation solennelle et la transcription de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité ne constituait pas un substitut adéquat permettant d'apprécier le comportement et la crédibilité de D.S. au moment de la déclaration. De plus, l'exposé avait été rédigé par les avocats; il ne s'agissait pas d'une déclaration spontanée, et il ne reprenait pas les paroles de D.S.

[13] Renvoyant à l'arrêt *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579 (C.A.), le juge Flynn a souligné que la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire efficace au procès serait [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire » dans le cas où le déclarant a d'importants trous de mémoire ou se rétracte (*d.a.*, vol. I, p. 61). Le refus par D.S. de renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat l'a soustrait, ainsi que son avocat, aux questions visant à élucider comment il en était venu à impliquer l'appelant (*d.a.*, vol. I, p. 59).

[14] Flynn J. found insufficient means for the jury to assess the reliability of the ASF as a prior inconsistent statement and held that it was not admissible as evidence for the truth of its contents.

[15] The Ontario Court of Appeal concluded that the trial judge erred in his understanding of the scope of solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege would not have precluded all questioning of D.S. or his counsel regarding the ASF or his choice to implicate the appellant. The Court of Appeal also held that the trial judge further erred in strictly focussing on the *K.G.B.* requirements for establishing reliability and in failing to consider other factors, such as the solemnity of the occasion upon which D.S. adopted the ASF and the involvement of counsel in preparing it.

[16] Satisfied that without such errors the trial judge might have admitted the ASF into evidence, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal, and ordered a new trial.

IV. Issues

[17] The question in this appeal is whether the trial judge erred in finding that there were insufficient safeguards to establish threshold reliability to admit the ASF as evidence and, if he did, whether the error had a material bearing on the result. Answering this question requires the consideration of two issues:

- (a) Did the trial judge err in finding that cross-examination did not provide a sufficient basis for the jury to assess the truthfulness of the prior inconsistent statement?
- (b) Did the trial judge err in finding that the circumstances surrounding the making of

[14] Le juge Flynn estimait les moyens invoqués insuffisants pour permettre au jury d'apprécier la fiabilité de l'exposé conjoint des faits à titre de déclaration antérieure incompatible et a conclu que ce dernier n'était pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu.

[15] Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le juge du procès a commis une erreur dans son interprétation de la portée du secret professionnel de l'avocat. Ce privilège n'aurait pas eu pour effet de soustraire D.S. et son avocat à toutes les questions à propos de l'exposé conjoint des faits ou de la décision du premier d'impliquer l'appellant. La Cour d'appel a aussi conclu que le juge du procès avait fait erreur en s'attachant strictement aux exigences énoncées dans *K.G.B.* pour établir la fiabilité et en ne tenant pas compte d'autres facteurs comme les circonstances solennelles dans lesquelles D.S. avait souscrit l'exposé conjoint des faits et la participation des avocats à sa rédaction.

[16] Convaincue que si le juge du procès n'avait pas commis ces erreurs il se peut qu'il ait admis l'exposé conjoint des faits en preuve, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Questions en litige

[17] La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste à savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'inexistence de garanties suffisantes empêchait d'établir le seuil de fiabilité nécessaire pour faire admettre en preuve l'exposé conjoint des faits et, dans l'affirmative, si l'erreur a eu une incidence significative sur l'issue de la cause. Pour répondre à cette question, il faut en examiner deux autres :

- a) Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que le contre-interrogatoire n'offrirait pas au jury une base suffisante pour lui permettre d'apprécier la véracité de la déclaration antérieure incompatible?
- b) Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que les circonstances entourant la

the prior inconsistent statement did not provide sufficient guarantees of substantive reliability?

déclaration antérieure incompatible ne fournissaient pas de garanties suffisantes de fiabilité découlant de la nature de la preuve?

V. Legal Principles

V. Principes juridiques

A. *Hearsay and Threshold Reliability*

A. *Oùï-dire et seuil de fiabilité*

[18] Hearsay evidence — an out-of-court statement tendered for the truth of its contents — is presumptively inadmissible. This is because the dangers associated with hearsay evidence may undermine the truth-seeking function of a trial or its fairness. These dangers typically include an inability to test and assess a declarant's perception, memory, narration, or sincerity: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 2.

[18] La preuve par oùï-dire — une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu — est présumée inadmissible, parce que les dangers qui y sont associés risquent de compromettre la fonction de recherche de la vérité ou l'équité du procès. Ces dangers incluent habituellement l'incapacité de mettre à l'épreuve et d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 2.

[19] The law has conventionally favoured the evidence of witnesses who give evidence in court because they can be observed, under oath or affirmation, and their credibility and reliability can be tested by cross-examination. These elements help the trier of fact assess the credibility of the declarant or witness, the reliability of the evidence, and the degree of probative force it carries. When these elements are absent, as is the case with a statement made outside of the court, it is more difficult for the trier of fact to make these assessments.

[19] Traditionnellement, le droit favorise le témoignage d'une personne qui dépose au procès, du fait que le tribunal peut l'observer, une fois qu'elle a prêté serment ou fait une affirmation solennelle, et que sa crédibilité et sa fiabilité peuvent être mises à l'épreuve par contre-interrogatoire. Ces éléments aident le juge des faits à apprécier la crédibilité du déclarant ou du témoin, la fiabilité de la preuve et son degré de force probante. S'il en est privé, comme lorsque lui est présentée une déclaration extrajudiciaire, une telle appréciation sera plus difficile.

[20] Over time, however, the law has recognized that in certain circumstances, it may be safe to rely on out-of-court statements for the truth of their contents. Exceptions to the hearsay rule developed for statements carrying certain guarantees of inherent trustworthiness, often because of the circumstances in which they were made (for example, dying declarations and declarations that are adverse in interest).

[20] Toutefois, le droit a reconnu au fil du temps que, dans certaines circonstances, on peut invoquer sans danger la déclaration extrajudiciaire comme preuve de la véracité de son contenu. Des exceptions à la règle du oùï-dire ont été établies à l'égard des déclarations comportant certaines garanties de fiabilité inhérente, souvent attribuables aux circonstances les entourant (par exemple, la déclaration d'un mourant et la déclaration contre l'intérêt de son auteur).

[21] In addition to the traditional exceptions, however, this Court developed a principled approach that permits trial judges to admit hearsay evidence if it meets the twin threshold requirements of necessity and reliability. This is a flexible case-by-case examination. See especially *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R.

[21] Cependant, outre les exceptions traditionnelles, la Cour a élaboré une méthode d'analyse raisonnée permettant aux juges d'admettre une preuve par oùï-dire si elle satisfait au double critère de nécessité et de fiabilité. Il s'agit d'un examen souple effectué au cas par cas. Voir en particulier *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992]

915; *K.G.B.*; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; and *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 38. With the increased flexibility provided by the principled approach, however, the gatekeeper function of the trial judge becomes more complex and nuanced.

[22] Where a witness recants from a prior statement, necessity is established: *Khelawon*, at para. 78. The focus in this case is on whether the prior inconsistent statement meets threshold reliability.

[23] The trial judge, as the evidentiary gatekeeper, assesses the *threshold* reliability of the hearsay statement. The decision as to the *ultimate* reliability of the statement is left to the trier of fact: *Khelawon*, at para. 2. Even if the necessity and reliability of the hearsay evidence are proven, the trial judge maintains discretion to exclude the evidence where the “prejudicial effect is out of proportion to its probative value”: *Khelawon*, at para. 3.

[24] Why not simply let the trier of fact determine both threshold and ultimate reliability? Professors D. M. Paciocco and L. Stuesser provide the following explanation, with which I agree:

In considering “reliability”, a distinction is made between “threshold” and “ultimate” reliability. This distinction reflects the important difference between admission and reliance. Threshold reliability is for the trial judge and concerns the admissibility of the statement. The trial judge acts as a gatekeeper whose function “is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient *indicia* of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement.” So long as it can be assessed and accepted by a reasonable trier of fact, then the evidence should be admitted. Once admitted, the jury remains the ultimate arbiter of what to do with the evidence and deciding whether or not the statement is true.

(*The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at pp. 122-23)

See *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75; and *Khelawon*, at paras. 50-52.

2 R.C.S. 915; *K.G.B.*; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; et *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 38. Cependant, la souplesse accrue que permet la méthode d’analyse raisonnée se traduit pour le juge du procès, à titre de gardien en matière de preuve, par un rôle davantage complexe et nuancé.

[22] Quand un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité est établie : *Khelawon*, par. 78. En l’espèce, la question fondamentale est celle de savoir si la déclaration antérieure incompatible atteint le seuil de fiabilité.

[23] Le juge du procès, à titre de gardien, détermine si la déclaration relatée atteint le *seuil* de fiabilité. C’est au juge des faits qu’il appartient de déterminer la fiabilité *en dernière analyse* : *Khelawon*, par. 2. Même si la nécessité et la fiabilité de la preuve par oui-dire sont démontrées, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d’exclure la preuve lorsque son « effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante » : *Khelawon*, par. 3.

[24] Pourquoi ne pas simplement laisser au juge des faits le soin de déterminer et le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse? Les professeurs D. M. Paciocco et L. Stuesser donnent l’explication suivante, à laquelle je souscris :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la « fiabilité », une distinction est faite entre « seuil » de fiabilité et fiabilité « en dernière analyse ». Cette distinction reflète la différence importante entre admettre un élément de preuve et s’y fier. Le seuil de fiabilité ressortit au juge du procès et intéresse l’admissibilité de la déclaration. Le juge du procès agit comme gardien dont la tâche « se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d’indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration ». Dès lors que la déclaration est susceptible d’être appréciée et acceptée par un juge des faits raisonnable, elle doit être admise en preuve. Une fois la preuve admise, le jury demeure l’arbitre ultime de l’utilisation qui en sera faite et de sa véracité.

(*The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 122-123)

Voir *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75; et *Khelawon*, par. 50-52.

[25] Threshold reliability serves an important function. Rules of evidence and principles governing the admissibility of evidence exist in the first place because experience teaches that certain types of evidence can be presumptively unreliable (or prejudicial) and can undermine the truth-seeking function of a trial. Rules of admissibility of evidence address trial fairness and provide predictability. They also provide the means to maintain control over the scope of criminal trials to keep them manageable and focussed on probative and relevant evidence.

B. Admissibility of Prior Inconsistent Statements

[26] Historically, an out-of-court prior inconsistent statement of a non-accused witness was admissible only to impeach the credibility of the witness. A prior inconsistent statement — hearsay evidence — was not admissible for the truth of its contents unless the witness adopted the prior statement in court. Otherwise, the jury was limited to rejecting the *viva voce* evidence of the recanting witness; the jury could not substitute the contents of the out-of-court statement.

[27] This traditional rule excluding prior inconsistent statements was altered in *K.G.B.* to conform with the evolving principled approach to hearsay. On an exceptional basis, a prior inconsistent statement is admissible for the truth of its contents, provided the threshold criteria of necessity and reliability are established.

[28] In *K.G.B.*, at p. 787, Lamer C.J. stated that the focus of the reliability inquiry, when dealing with prior inconsistent statements, “is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability . . . must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence”.

[25] Le seuil de fiabilité joue un rôle important. Les règles de preuve et les principes régissant l’admissibilité existent parce que l’expérience révèle que certains types de preuve peuvent être présumés peu fiables (ou préjudiciables) et risquent de compromettre la fonction de recherche de la vérité du procès. Les règles d’admissibilité ont pour objet l’équité du procès et assurent la prévisibilité. Elles permettent aussi de circonscrire la portée des procès criminels afin d’en assurer la bonne marche et de faire en sorte qu’ils demeurent axés sur la preuve probante et pertinente.

B. Admissibilité des déclarations antérieures incompatibles

[26] Dans le passé, une déclaration extrajudiciaire antérieure incompatible faite par un témoin non accusé n’était admissible que dans le but d’attaquer la crédibilité de ce témoin. Une telle déclaration — qui constitue une preuve par ouï-dire — n’était pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu sauf si le témoin l’adoptait au procès. Sinon, le jury ne pouvait que rejeter le témoignage de vive voix du témoin qui s’était rétracté; il ne pouvait y substituer le contenu de la déclaration extrajudiciaire.

[27] Cette règle traditionnelle excluant les déclarations antérieures incompatibles a été modifiée dans *K.G.B.* en phase avec l’évolution de la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire. Exceptionnellement, une déclaration antérieure incompatible est admissible comme preuve de la véracité de son contenu s’il est satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité.

[28] Dans *K.G.B.*, p. 787, le juge en chef Lamer affirme que, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l’examen est axé « sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité [. . .] doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond ».

[29] Accordingly, Lamer C.J. held, at pp. 795-96, that a prior inconsistent statement of a non-accused witness may be admitted for the truth of its contents if the so-called *K.G.B.* reliability indicia are met: (1) the statement is made under oath or solemn affirmation after a warning as to possible sanctions if the person is untruthful; (2) the statement is videotaped or recorded in its entirety; and (3) the opposing party has a full opportunity to cross-examine the witness on the statement. Such *K.G.B.* statements have become prevalent, especially in murder investigations.

[30] However, the *K.G.B.* indicia are not the only means of establishing threshold reliability. The prior inconsistent statement's threshold reliability may be established by: (1) the presence of adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability); and (2) sufficient circumstantial guarantees of reliability or an inherent trustworthiness (substantive reliability): *Khelawon*, at paras. 61-63. These two principal ways of showing threshold reliability are not mutually exclusive: *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283, at para. 22.

[31] The admissibility of hearsay evidence, such as the prior inconsistent statement in this case, is a question of law. Of course, the factual findings that go into that determination are entitled to deference and are not challenged in this case. As well, a trial judge is well placed to assess the hearsay dangers in a particular case and the effectiveness of any safeguards to assist in overcoming them. Thus, absent an error in principle, the trial judge's determination of threshold reliability is entitled to deference: *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 81.

[32] To obtain a new trial following an acquittal, the Crown must show that the trial judge erred and that this error "might reasonably be thought . . . to have had a material bearing on the acquittal":

[29] Par conséquent, le juge en chef Lamer conclut aux p. 795-796 qu'une déclaration antérieure incompatible d'un témoin non accusé peut être admise comme preuve de la véracité de son contenu si les indices de fiabilité énoncés dans *K.G.B.* sont présents : (1) le témoin fait la déclaration sous serment ou affirmation solennelle après avoir reçu une mise en garde au sujet des sanctions qui peuvent lui être infligées s'il ne dit pas la vérité, (2) la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo ou audio et (3) la partie adverse a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Les déclarations de type *K.G.B.* sont répandues, surtout dans les enquêtes relatives à un meurtre.

[30] Cependant, les indices énoncés dans *K.G.B.* ne constituent pas l'unique moyen d'établir le seuil de fiabilité. Dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, les éléments suivants peuvent permettre de satisfaire au critère : (1) l'existence de substituts adéquats permettant de vérifier la véracité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural) et (2) des garanties circonstanciées suffisantes ou une fiabilité intrinsèque (fiabilité découlant de la nature de la preuve) : *Khelawon*, par. 61-63. Ces deux principales manières d'établir le seuil de fiabilité ne s'excluent pas mutuellement : *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283, par. 22.

[31] L'admissibilité d'une preuve par oui-dire, en l'occurrence la déclaration antérieure incompatible, est une question de droit. Évidemment, les conclusions de fait ayant mené à la décision commandent la déférence et ne sont pas remises en question en l'espèce. De même, le juge du procès est bien placé pour apprécier les dangers associés au oui-dire dans une affaire donnée et l'efficacité des garanties permettant de les écarter. Par conséquent, en l'absence d'une erreur de principe de la part du juge du procès, il faut faire preuve de retenue à l'égard de sa conclusion quant au seuil de fiabilité : *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 81.

[32] Pour obtenir la tenue d'un nouveau procès après un verdict d'acquittal, le ministère public doit démontrer que le juge du procès a commis une erreur et qu'il « serait raisonnable de penser [. . .]

R. v. Graveline, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14. The Crown is not required to establish “that the verdict would necessarily have been different”: *Graveline*, at para. 14. This is still, however, a “heavy onus” for the Crown: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 26.

VI. Application

[33] In light of the trial judge’s obligation to act as evidentiary gatekeeper, I turn first to the specific hearsay dangers posed by the prior inconsistent statement in this case as noted by the trial judge. In the context of the plea bargain, D.S. had a strong incentive to minimize his role in the crime and to shift responsibility to the appellant, a co-accused, in order to obtain a favourable outcome. There was no opportunity to observe the demeanour of D.S. or his own choice of words, as the ASF was drafted by counsel and was not spontaneous. When D.S. asserted solicitor-client privilege, the ability to cross-examine was curtailed.

[34] The trial judge therefore considered whether cross-examination of D.S. at the appellant’s trial would provide an adequate procedural basis to permit the jury to assess the veracity of the prior statement and whether there were other circumstances that provided circumstantial assurances of trustworthiness.

A. *Procedural Substitutes: The Opportunity to Cross-Examine the Recanting Witness*

[35] The most important factor supporting the admissibility of a prior inconsistent statement of a non-accused witness for the truth of its contents is the availability of the non-accused witness for cross-examination. In *Couture*, Charron J. held that “the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes” for testing the evidence (at para. 92) and that “the opportunity to

que l’erreur [. . .] [a] eu une incidence significative sur le verdict d’acquittement » : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14. Il n’est toutefois pas tenu de prouver « que le verdict aurait nécessairement été différent » : *Graveline*, par. 14. Il s’agit tout de même d’un « lourd fardeau » pour le ministère public : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 26.

VI. Application à l’espèce

[33] Étant donné que le juge du procès agit comme gardien en matière de preuve, je me penche d’abord sur les dangers particuliers associés au oui-dire qu’il a relevés en l’espèce à l’égard de la déclaration antérieure incompatible. Dans le contexte de la négociation du plaidoyer, D.S. avait de bonnes raisons de minimiser son rôle dans le crime et d’en rejeter la responsabilité sur l’appelant, un coaccusé, s’il voulait obtenir un jugement qui lui était favorable. Le juge du procès n’a pas eu la possibilité d’observer le comportement de D.S. ni d’évaluer son choix de mots puisque l’exposé conjoint des faits avait été rédigé par les avocats et qu’il ne s’agissait pas d’une déclaration spontanée. En invoquant le secret professionnel de l’avocat, D.S. a coupé court au contre-interrogatoire.

[34] Le juge du procès s’est donc demandé si le contre-interrogatoire de D.S. au procès de l’appelant donnerait au jury un moyen d’ordre procédural d’évaluer la véracité de la déclaration antérieure et s’il existait d’autres garanties circonstanciées de fiabilité.

A. *Substituts d’ordre procédural : la possibilité de contre-interroger le témoin qui se rétracte*

[35] La principale raison qui milite pour l’admissibilité de la déclaration antérieure incompatible faite par un témoin non accusé comme preuve de la véracité de son contenu est la disponibilité de ce témoin pour un contre-interrogatoire. Dans *Couture*, la juge Charron conclut que « la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé contribue grandement à satisfaire à l’exigence d’autres moyens adéquats » de vérifier la preuve (par. 92) et que « [l]a possibilité

cross-examine is the most powerful factor favouring admissibility” (para. 95).

[36] In assessing the means by which a jury could rationally evaluate the truthfulness and accuracy of the statement, the trial judge correctly noted the importance of cross-examination. He stated that it was an important means for the jury to determine whether a previous statement from a witness was ultimately reliable. However, referring to *Conway*, the trial judge noted that the opportunity for an effective cross-examination of D.S. at the appellant’s trial would be “to a large extent illusory” due to D.S.’s memory lapses with respect to the ASF and his invocation of solicitor-client privilege.

[37] With respect to solicitor-client privilege, the trial judge concluded:

Solicitor/client privilege precluded questions to or from [D.S.] or indeed of his counsel about how it came to be that this confession from [D.S.] as the shooter and his implication of the accused as the person who provided him with the gun and directed him to do the shooting was made on the day of his guilty plea almost two years after his arrest when he had never confessed or implicated Yousanthan Youvarajah in all that time. [A.R., vol. I, at p. 59]

[38] The respondent agrees with the Ontario Court of Appeal that the trial judge erred in overstating the scope of solicitor-client privilege and failed to recognize that there would be significant areas of cross-examination open to counsel at trial. The Court of Appeal found that the trial judge erred in relying on *Conway* to conclude that cross-examination of D.S. would be “to a large extent illusory”. As a result, the court concluded that the trial judge may have admitted the ASF if he had appreciated the broader scope of cross-examination available to test its reliability.

de contre-interroger [est] le facteur le plus concluant pour démontrer l’admissibilité » (par. 95).

[36] Lorsqu’il a évalué les moyens par lesquels le jury pourrait apprécier la véracité et l’exactitude de la déclaration de manière rationnelle, le juge du procès a souligné à juste titre l’importance du contre-interrogatoire. Il a affirmé qu’il s’agissait là d’un moyen important par lequel le jury pouvait déterminer la fiabilité en dernière analyse de la déclaration antérieure d’un témoin. Cependant, en renvoyant à *Conway*, le juge du procès a fait remarquer que la possibilité d’un contre-interrogatoire efficace de D.S. au procès de l’appelant serait [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire » en raison des trous de mémoire que faisait valoir D.S. à propos de l’exposé conjoint des faits et du fait qu’il avait invoqué le secret professionnel de l’avocat.

[37] Au sujet de ce type de privilège, le juge du procès a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Le secret professionnel de l’avocat jouait pour soustraire [D.S.] et, évidemment, son avocat aux questions visant à expliquer comment il se faisait que la confession de [D.S.] — qu’il avait tiré le coup fatal et que l’accusé lui avait fourni l’arme et ordonné de tirer — a été faite le jour de son plaidoyer de culpabilité, près de deux ans après son arrestation, alors qu’il n’avait jamais avoué ou impliqué Yousanthan Youvarajah avant cette date. [d.a., vol. I, p. 59]

[38] L’intimée souscrit à l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario selon laquelle le juge du procès a attribué à tort une portée excessive au secret professionnel de l’avocat et a négligé les autres avenues importantes que les avocats auraient pu explorer en contre-interrogatoire. La Cour d’appel était d’avis que le juge du procès avait commis une erreur en se fondant sur *Conway* pour conclure que le contre-interrogatoire de D.S. serait [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire ». Par conséquent, selon elle, le juge du procès aurait peut-être admis l’exposé conjoint des faits s’il avait envisagé la possibilité d’un contre-interrogatoire élargi servant à en apprécier la fiabilité.

[39] The Court of Appeal concluded that both counsel and the trial judge appeared “to have been of the mistaken view” that solicitor-client privilege would preclude certain questions being asked of D.S. with respect to the ASF (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, at para. 93). Further, at para. 95, the Court of Appeal cited the trial judge’s statement that “no legal witnesses that have [ever] spoken to [D.S.]” should be called (A.R., vol. II, at p. 132).

B. *Solicitor-Client Privilege*

[40] On a strict reading of the passage quoted above, I agree that the trial judge overstated the scope of solicitor-client privilege. It would have been more accurate for the trial judge to say that it precluded *many* questions about his decision to accept the plea bargain and his reasons for implicating the appellant. Simmons J.A., for the unanimous panel of the Court of Appeal, outlined a number of areas of questioning that remained available to the Crown (see para. 84).

[41] However, for the reasons that follow, on my reading of the reasons and the *voir dire* record, I am not persuaded that the trial judge erred in concluding that cross-examination was “to a large extent illusory” and insufficient to overcome the hearsay dangers in this particular case. Further, I do not agree that the trial judge precluded the Crown from conducting a more probing cross-examination of the witness or from calling other witnesses about the creation of the ASF. Finally, I am not persuaded that any overstatement of the scope of solicitor-client privilege would have had a material impact on the conclusion that cross-examination was not, in this case, a sufficient means to satisfy threshold reliability.

[42] Once D.S. confirmed that he would not waive solicitor-client privilege, the Crown chose to circumscribe its cross-examination and had no further questions of the witness. The trial judge

[39] Selon la Cour d’appel, l’avocat et le juge du procès semblaient [TRADUCTION] « croire à tort » que le secret professionnel de l’avocat aurait pour effet de soustraire D.S. à certaines questions à l’égard de l’exposé conjoint des faits (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, par. 93). De plus, au par. 95, la Cour d’appel reprend les propos du juge du procès portant qu’[TRADUCTION] « aucun témoin juriste ayant [déjà] parlé à [D.S.] » ne devrait être cité à témoigner (d.a., vol. II, p. 132).

B. *Secret professionnel de l’avocat*

[40] Suivant une interprétation stricte du passage précité, je conviens que le juge du procès a attribué une portée excessive au secret professionnel de l’avocat. Il aurait été plus juste de dire que ce privilège soustrayait D.S. à de *nombreuses* questions sur sa décision d’accepter le plaidoyer et les raisons qui l’avaient motivé à impliquer l’appelant. La juge Simmons, s’exprimant au nom des juges unanimes de la Cour d’appel, a énuméré plusieurs avenues qui s’offraient au ministère public en contre-interrogatoire (voir par. 84).

[41] Cependant, pour les raisons énoncées ci-après, selon mon interprétation des motifs et du dossier relatif au voir-dire, je ne suis pas convaincue que le juge du procès a conclu à tort que le contre-interrogatoire était [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire » et ne suffirait pas à écarter les dangers associés au oui-dire en l’espèce. Je ne crois pas non plus que le juge du procès ait empêché le ministère public de procéder à un contre-interrogatoire plus poussé du témoin ou d’en citer d’autres à témoigner sur la rédaction de l’exposé conjoint des faits. Enfin, je ne suis pas non plus convaincue que l’attribution d’une portée excessive au secret professionnel de l’avocat a eu une incidence significative sur la conclusion selon laquelle le contre-interrogatoire ne constituait pas, en l’espèce, un moyen suffisant d’établir le seuil de fiabilité.

[42] Dès lors que D.S. a confirmé qu’il ne renonçait pas au privilège du secret professionnel de l’avocat, le ministère public a choisi de mettre fin au contre-interrogatoire. Le juge du procès n’a pas laissé

made no comments suggesting that there should be no further cross-examination of the witness on the *voir dire*.

[43] The following exchange between Crown counsel and the trial judge occurred after independent counsel confirmed that D.S. would not waive solicitor-client privilege (A.R., vol. II, at p. 132):

[CROWN COUNSEL]: And I don't anticipate even now given the comments of [D.S.'s independent counsel] Mr. Marentette I don't anticipate needing to call further witnesses.

THE COURT: Well, no legal witnesses that have ever spoken to this man anyway.

[CROWN COUNSEL]: Right.

THE COURT: Right. I mean we're going to take Mr. Marentette's word as the final word on that.

[CROWN COUNSEL]: Right.

[44] This exchange between the trial judge and Crown counsel must be read in context. It does not amount to a direction or a ruling not to call other witnesses. The trial judge merely affirmed Crown counsel's statement that he would not be calling any "legal witnesses that have ever spoken to" the witness (emphasis added). The judge was not asked for a ruling. Had Crown counsel wished to call further evidence, he could have sought direction. The judge would no doubt have sought submissions and considered the extent of the restrictions imposed by solicitor-client privilege before making a ruling.

[45] Since this was the same Crown who had prosecuted D.S. at his separate youth trial, and who negotiated the plea bargain and drafted the ASF, he knew what D.S. or his lawyers could say about those matters, outside the scope of solicitor-client privilege. Thus, I reject the submission that the trial judge curtailed the scope of evidence on the *voir dire*.

entendre qu'il fallait couper court à cette étape de la procédure dans le cadre du *voir-dire*.

[43] L'échange entre l'avocat du ministère public et le juge du procès reproduit plus bas a eu lieu après qu'un avocat indépendant a confirmé que D.S. ne renoncerait pas au privilège (d.a., vol. II, p. 132) :

[TRADUCTION]

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Et je n'envisage toujours pas, compte tenu des commentaires de M^e Marentette [l'avocat indépendant de D.S.], je ne pense pas avoir besoin de citer d'autres témoins.

LA COUR : Aucun témoin juriste ayant déjà parlé à cet homme en tout cas.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien.

LA COUR : Bien, je voulais dire que M^e Marentette a le dernier mot à cet égard.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien.

[44] Il faut situer cet échange entre le juge du procès et l'avocat du ministère public dans son contexte. Il ne s'agit pas d'une directive ou d'une décision interdisant de citer d'autres témoins. Le juge du procès n'a fait que reprendre l'affirmation de l'avocat du ministère public selon laquelle il ne citerait aucun [TRADUCTION] « témoin juriste ayant déjà parlé [au] » témoin (je souligne). On n'avait pas demandé au juge du procès de trancher. Si l'avocat du ministère public avait voulu présenter d'autres preuves, il aurait pu s'adresser au juge du procès, qui aurait sans doute demandé que des observations lui soient présentées et aurait étudié l'étendue des restrictions qu'emporte le secret professionnel de l'avocat avant de se prononcer.

[45] Comme il s'agissait du même avocat qui avait poursuivi D.S. dans le cadre d'un procès distinct devant le tribunal pour adolescents, négocié le plaidoyer et rédigé l'exposé conjoint des faits, il savait ce que D.S. ou ses avocats pouvaient dire à ce sujet sans violer le secret professionnel de l'avocat. Par conséquent, je rejette l'argument selon lequel le juge du procès a restreint la portée de la preuve lors du *voir-dire*.

[46] I conclude that the *voir dire* unfolded as it did primarily due to the Crown's prosecutorial decisions. Crown counsel was not precluded by the trial judge from calling further witnesses or from posing further questions to D.S. The Crown cannot ask for a new trial on the basis that the prosecution should have been conducted differently.

[47] Further, it should not be inferred from this exchange that the trial judge did not correctly understand the scope of solicitor-client privilege when he made his ruling on the *voir dire*. Trial judges are presumed to know the law. Further, given the context of this informal exchange, I am not persuaded that it provides a basis to conclude that the trial judge did not understand the scope of solicitor-client privilege. He was neither stating a legal principle nor making a ruling.

[48] Finally, notwithstanding the aspects of cross-examination that would have remained available, the reality is that solicitor-client privilege would curtail significantly the cross-examination available to assess the threshold reliability of the prior inconsistent statement. The Crown could not have probed the conversations between D.S. and his counsel about legal advice in connection with his decision to plead guilty or to accept the ASF.

[49] Simply put, D.S. recanted the portions of the ASF that implicated the appellant and replaced them with assertions that exonerated the appellant. Cross-examination of D.S. did not elicit an explanation for his about-face from the assertions that tied the appellant to the murder. This Court stated in *U. (F.J.)*, at para. 46, that if the witness "provides an explanation for changing his or her story, the trier of fact will be able to assess both versions of the story, as well as the explanation". Paciocco and Stuesser similarly state that "[a] testing of the witness's recantation is only possible when the witness admits making the earlier statement and provides a story for his or her recantation" (p. 131 (emphasis added)). See also *Khelawon*, at para. 76.

[46] J'estime que la manière dont le voir-dire s'est déroulé est attribuable principalement aux décisions de la poursuite. Le juge du procès n'a pas empêché l'avocat du ministère public d'appeler d'autres témoins à la barre ou d'interroger davantage D.S. Le ministère public ne peut demander la tenue d'un nouveau procès au motif que la poursuite aurait dû être menée différemment.

[47] En outre, il ne faut pas supposer à la lecture de cet échange que le juge du procès n'avait pas bien saisi la portée du secret professionnel de l'avocat quand il a rendu sa décision à l'issue du voir-dire. Les juges de procès sont présumés connaître le droit. En outre, vu le contexte de cet échange informel, je ne crois pas qu'il permette de conclure que le juge du procès n'avait pas saisi la portée du privilège. Le juge n'énonçait pas un principe juridique ni ne rendait de décision.

[48] Enfin, abstraction faite des sujets sur lesquels aurait pu porter le contre-interrogatoire, en réalité, le secret professionnel de l'avocat restreindrait sensiblement les questions visant à déterminer si la déclaration antérieure incompatible atteint le seuil de fiabilité. Le ministère public n'aurait pas pu s'enquérir des conversations entre D.S. et son avocat au sujet des conseils juridiques sous-tendant la décision du premier de plaider coupable ou de souscrire l'exposé conjoint des faits.

[49] Bref, D.S. est revenu sur les parties de l'exposé conjoint des faits qui impliquaient l'appellant et y a substitué des affirmations exonérant ce dernier. Le contre-interrogatoire de D.S. n'a pas permis d'expliquer pourquoi il avait fait une telle volte-face et rétracté les déclarations qui mêlaient l'appellant au meurtre. Au par. 46 de l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour affirme que si le témoin « donne une explication du changement de son récit, le juge des faits sera en mesure d'évaluer les deux versions du récit, ainsi que l'explication ». Les professeurs Paciocco et Stuesser font également observer qu'[TRADUCTION] « il est seulement possible de vérifier la rétractation du témoin si ce dernier admet avoir fait la déclaration antérieure et qu'il explique sa rétractation » (p. 131 (je souligne)). Voir également *Khelawon*, par. 76.

[50] In this case, solicitor-client privilege would hinder the fact finder's opportunity to fully explore any explanation offered. The jurisprudence emphasizes the presence of a "full opportunity to cross-examine the witness [at trial] respecting the statement": *K.G.B.*, at p. 796 (emphasis added). In *Devine*, Charron J. held:

It is important to note that the availability of the declarant to be cross-examined will not necessarily tip the scales in favour of admissibility. In order for this factor to weigh in favour of admission, there must be a "full opportunity to cross-examine the witness" at trial (*K.G.B.*, at p. 796). [para. 26]

[51] The trial judge referred to *Conway*, a case in which the witness could not recall making the prior statement and in which cross-examination therefore would not assist in determining which version was true. Unlike *Conway*, two versions of the events were before the trial judge in this case that could have been the subject of cross-examination (i.e., the ASF and D.S.'s testimony at the appellant's trial).

[52] The trial judge noted in this case that there were significant memory lapses in addition to D.S.'s recantation and direct contradiction. I am not satisfied that a fair reading of the trial judge's reasons suggests that he misunderstood the law. While he quoted from *Conway*, and the circumstances in that case were somewhat dissimilar, the words he quoted were apt.

[53] As noted above, solicitor-client privilege would have significantly limited the effectiveness of the cross-examination. Thus, even if the trial judge had erred in overstating the scope of solicitor-client privilege or the analogy to *Conway*, I am not persuaded that it would have materially affected the outcome in these circumstances.

[54] Given the nature of the hearsay dangers in this particular case, the trial judge did not err in concluding that nothing short of full cross-examination

[50] En l'espèce, le secret professionnel de l'avocat empêcherait le juge des faits d'examiner pleinement toute explication donnée. Il ressort de la jurisprudence que la partie adverse doit avoir la « possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration » : *K.G.B.*, p. 796 (je souligne). Pour reprendre les propos de la juge Charron, dans l'arrêt *Devine* :

Il est important de noter que la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé ne fera pas nécessairement pencher la balance du côté de l'admissibilité. Pour que ce facteur milite en faveur de l'admission, la partie adverse doit avoir eu la « possibilité voulue de contre-interroger le témoin » au procès (*K.G.B.*, p. 796). [par. 26]

[51] Le juge du procès a renvoyé à *Conway*, une affaire dans laquelle le témoin ne se rappelait pas avoir fait la déclaration antérieure, de sorte que le contre-interrogatoire n'aurait pas permis de déterminer laquelle des deux versions était vraie. Or, en l'espèce, le juge du procès disposait de deux versions des faits susceptibles de faire l'objet d'un contre-interrogatoire (c.-à-d. l'exposé conjoint des faits et le témoignage de D.S. au procès de l'appellant).

[52] Le juge du procès a souligné qu'en plus de s'être rétracté et directement contredit, D.S. avait invoqué des trous de mémoire importants. Je ne suis pas convaincue qu'une juste lecture des motifs du juge du procès révèle qu'il a mal compris la règle de droit. Bien qu'il ait cité l'arrêt *Conway*, dont les circonstances différaient quelque peu de la présente espèce, les passages qu'il a repris étaient pertinents.

[53] On l'a vu, le secret professionnel de l'avocat aurait grandement limité l'efficacité du contre-interrogatoire. Par conséquent, même si le juge du procès avait commis une erreur en attribuant une portée excessive à ce privilège ou en faisant l'analogie avec l'arrêt *Conway*, je ne crois pas qu'elle a eu une incidence significative sur l'issue en pareilles circonstances.

[54] Vu la nature des dangers associés au ouï-dire dans ce cas, le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que seul un contre-interrogatoire complet

could overcome them. Here, the cross-examination at trial would be significantly limited by the claim of solicitor-client privilege. The statement was not videotaped. There had been no oath or affirmation when the statement was made. The transcript of the guilty plea proceedings established the words of the prior statements but was not a suitable substitute to assess D.S.'s demeanour and credibility at the time the statement was made. Lastly, the ASF was not spontaneous and was not in D.S.'s own words. Under the circumstances, I cannot conclude that the trial judge erred in finding that there were inadequate substitutes to test and assess the truth of the evidence.

C. Inherent Trustworthiness: The Circumstances Surrounding the Preparation and Presentation of the ASF

[55] If the circumstances in which the out-of-court statement came about do not give rise to a concern over whether the statement is true or not, the statement possesses an inherent trustworthiness or substantive reliability.

[56] The Ontario Court of Appeal concluded that the trial judge erred in failing to consider whether the circumstances surrounding the preparation and presentation of the ASF provided an inherent trustworthiness to establish threshold reliability.

[57] In my view, the circumstantial guarantees of trustworthiness asserted by the respondent — the thorough process in creating the ASF, the involvement of counsel, and the solemnity of the guilty plea proceeding — do not establish threshold reliability for the statements from which D.S. recanted, which served to minimize his involvement in the murder and shift responsibility to the appellant. In the circumstances of this case, the formality of the process and the involvement of counsel only provide comfort in respect of D.S.'s statements admitting his own culpability for the murder.

aurait permis de les écarter. En l'espèce, le contre-interrogatoire au procès serait fort limité par le secret professionnel de l'avocat invoqué. La déclaration n'avait pas été enregistrée sur bande vidéo. Elle n'avait pas été faite sous serment ni précédée d'une affirmation solennelle. La transcription de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité reproduisait les termes de la déclaration antérieure, mais ne constituait pas un substitut adéquat permettant d'apprécier le comportement et la crédibilité de D.S. au moment de la déclaration. Enfin, l'exposé conjoint des faits n'était pas une déclaration spontanée et ne reprenait pas les paroles de D.S. Dans les circonstances, je ne puis reconnaître que le juge du procès a commis une erreur en concluant à l'inexistence de substituts adéquats qui auraient permis de mettre à l'épreuve le témoignage et d'en évaluer la véracité.

C. Fiabilité intrinsèque : les circonstances entourant la préparation et la présentation de l'exposé conjoint des faits

[55] Si les circonstances dans lesquelles la déclaration extrajudiciaire est faite ne suscitent pas de préoccupations quant à sa véracité, la déclaration présente une fiabilité intrinsèque ou fiabilité découlant de la nature de la preuve.

[56] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait eu tort de ne pas se demander si les circonstances entourant la préparation et la lecture de l'exposé conjoint des faits révélaient une fiabilité intrinsèque permettant d'établir que le seuil de fiabilité était atteint.

[57] À mon avis, les garanties circonstanciées de fiabilité invoquées par l'intimée — à savoir le processus exhaustif de rédaction de l'exposé conjoint des faits, la participation des avocats et le caractère solennel de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité — ne permettent pas d'établir que les déclarations rétractées, qui minimisaient le rôle de D.S. dans le meurtre et en rejetaient la responsabilité sur l'appelant, atteignaient le seuil de fiabilité. Dans les circonstances de l'espèce, la formalité de la procédure et la participation des avocats ne sont garantes que des déclarations de D.S. dans lesquelles il avoue sa culpabilité relativement au meurtre.

[58] D.S.'s guilty plea was, indeed, a solemn occasion. The ASF was drafted by the Crown and defence counsel. It was signed and acknowledged in open court by both D.S. and his defence counsel at the time D.S. pleaded guilty to second degree murder. D.S. was represented by counsel when he endorsed the ASF and it formed the basis upon which the judge entered a conviction for second degree murder and fashioned his sentence.

[59] To the extent that the ASF incriminated D.S., was against his interests, and admitted his own culpability in court, these circumstances provide a compelling inference that those statements were in fact reliable in establishing D.S.'s criminal conduct. However, the underlying rationale for the admissibility of admissions as against the party making them falls away when they are sought to be used against a third party.

[60] Here, the portions of the ASF that the Crown sought to rely upon at the appellant's trial are statements that shifted responsibility for the murder from D.S., the shooter, to his co-accused, the appellant. They were elements that would support a plea to the lesser offence of second degree murder as well as support a more advantageous sentence.

[61] Furthermore, the involvement of defence counsel provides no meaningful check on the danger of an accused acknowledging false allegations against a third party in order to obtain a favourable plea bargain. Counsel have an ethical duty to not knowingly mislead the court. However, it does not require them to verify or investigate the truth of information they present; and the duty is triggered only where counsel has information leading to the "irresistible conclusion" that something is false. See M. Proulx and D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at pp. 40-47 and 460.

[62] The suggestion that the solemnity of the occasion or the involvement of counsel increases the inherent trustworthiness of the statement does not resonate to the extent that it incriminates a third party — in this case a co-accused. Criminal law is

[58] Certes, le plaidoyer de culpabilité de D.S. revêtait un caractère solennel. L'exposé conjoint des faits avait été rédigé par la poursuite et la défense. D.S. et son avocat l'ont signé et attesté à l'audience publique, au moment de l'inscription du plaidoyer de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. D.S. était représenté par un avocat au moment où il a souscrit l'exposé conjoint des faits, et ce document a servi de fondement à la déclaration de culpabilité et à la détermination de la peine.

[59] Dans la mesure où l'exposé conjoint des faits incriminait D.S., allait à l'encontre de ses intérêts et constituait un aveu de sa culpabilité à l'audience, ces circonstances invitent fortement à conclure à la fiabilité de ces déclarations pour démontrer la conduite criminelle de D.S. Toutefois, la raison qui justifie l'admissibilité de la déclaration contre l'intérêt de son auteur ne tient plus lorsqu'il s'agit d'opposer cette déclaration à un tiers.

[60] En l'espèce, les passages de l'exposé conjoint des faits que le ministère public entendait faire admettre au procès de l'appelant avaient pour effet de transférer la responsabilité du meurtre de D.S., le tireur, à son coaccusé, l'appelant. Il s'agissait d'éléments susceptibles de fonder un plaidoyer de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, une infraction moindre, de même qu'une peine plus clémente.

[61] De plus, la participation de l'avocat de la défense n'écarte pas le risque que l'accusé atteste de fausses allégations incriminant un tiers dans le but d'obtenir un plaidoyer de culpabilité qui lui soit favorable. Les avocats ont l'obligation déontologique de ne pas induire sciemment le tribunal en erreur. Toutefois, ils ne sont pas tenus de vérifier la véracité des renseignements qu'ils présentent; l'obligation entre en jeu seulement s'ils détiennent des renseignements menant à la [TRADUCTION] « conclusion inévitable » qu'une allégation est fausse. Voir M. Proulx et D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 40-47 et 460.

[62] On ne saurait prétendre que le caractère solennel des circonstances ou la participation des avocats accroît la fiabilité intrinsèque de la déclaration, dans la mesure où celle-ci incrimine un tiers — en l'occurrence un coaccusé. Le droit criminel

generally and rightfully suspicious of allegations made by a person against an accomplice. It has long been recognized that evidence of one accomplice against another may be motivated by self-interest and that it is dangerous to rely on such evidence absent other evidence which tends to confirm it. The fact that such statements are contained in an ASF does not provide any reassurance of reliability. Indeed, statements by a co-accused or accomplice are recognized as inherently unreliable.

[63] *Vetrovec* warnings issued by trial judges, for example, provide jurors with direction to consider “all of the factors that might impair [the] credibility [of the testimony of co-accused or accomplices]”: *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 31. Triers of fact, under such conditions, are able to determine whether the “evidence properly weighed [overcomes] its suspicious roots”: *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237, at para. 69.

[64] The administration of justice would not be enhanced in permitting admissions made by a co-accused in his own interest, as part of a plea bargain for a conviction of a lesser crime and favourable sentence, to be used against a co-accused, in circumstances where the reliability of the statements cannot be adequately tested.

[65] In this case, the trial judge was alive to the circumstances surrounding the preparation and presentation of the ASF. He described the circumstances in some detail, including those that weighed in favour of and against reliability. He considered whether the solemnity of D.S.’s guilty plea proceeding demonstrated the trustworthiness of the ASF. He appreciated that defence counsel assisted Crown counsel in the drafting of the statement and that, according to testimony during the *voir dire*, the information about the source of the gun came from the defence. He also noted the evidence from D.S. that he did not understand all of the words in the ASF and that the assurance he would not have to give any further statement to the police was one of the reasons he agreed to the plea bargain.

se méfie généralement, et ce à juste titre, des déclarations accablantes contre un complice. Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage d’un complice contre un autre risque d’être intéressé et qu’il est hasardeux de s’y fier en l’absence d’éléments corroborants. Le fait que ces déclarations soient consignées dans l’exposé conjoint des faits n’assure pas leur fiabilité. En effet, les déclarations d’un coaccusé ou d’un complice sont reconnues comme étant intrinsèquement peu fiables.

[63] Par exemple, par une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès demande aux jurés d’examiner « les facteurs susceptibles de miner [la] crédibilité [du témoignage du coaccusé ou des complices] » : *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 31. Dans de telles circonstances, le juge des faits peut déterminer si le « témoignage, évalué de façon appropriée, surmont[e] ses origines suspectes » : *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237, par. 69.

[64] Ce n’est pas dans l’intérêt de l’administration de la justice que d’admettre en preuve contre un prévenu des aveux intéressés, faits par son coaccusé dans le but de négocier un chef d’accusation moindre et une peine qui lui soit favorable, lorsque la fiabilité des déclarations ne peut être adéquatement vérifiée.

[65] En l’espèce, le juge du procès était sensible aux circonstances entourant la préparation et la lecture de l’exposé conjoint des faits. Il les a décrites en détail, celles qui faisaient pencher la balance en faveur de la fiabilité comme les autres. Il s’est demandé si la solennité de l’audience relative au plaider de culpabilité de D.S. permettait d’établir la fiabilité de l’exposé conjoint des faits. Il a reconnu que l’avocat de la défense avait aidé l’avocat du ministère public à le rédiger et que, d’après les déclarations faites lors du voir-dire, les renseignements sur la provenance de l’arme émanaient de la défense. Le juge du procès a également souligné l’affirmation de D.S. selon laquelle il n’avait pas compris tous les mots figurant dans l’exposé conjoint des faits et la garantie qui lui avait été donnée qu’il n’aurait plus à faire d’autres déclarations à la police, qui était l’une des raisons l’ayant incité à accepter le plaider.

[66] The trial judge identified D.S.'s incentive to minimize his own involvement in order to obtain a youth sentence for second degree murder. Indeed, D.S. testified that he agreed to facts outside of his knowledge or which he knew to be wrong in order to secure his plea bargain. In the context of this plea bargain, D.S. was motivated to minimize his own conduct and maximize that of the co-accused.

[67] In the circumstances of this case, I cannot conclude that the trial judge erred by failing to consider whether the solemnity of the occasion or the involvement of counsel provided circumstantial guarantees of substantive reliability.

VII. Summary and Conclusion

[68] The trial judge may have overstated the scope of solicitor-client privilege and its consequences for the cross-examination of D.S. However, I am not persuaded that the Crown has satisfied its burden to show that any errors would have materially affected the conclusion reached by the trial judge.

[69] The circumstances identified by the trial judge raise significant concerns about the threshold reliability of the portions of the ASF upon which the Crown sought to rely at the appellant's trial, all of which minimized D.S.'s involvement in the murder. D.S. endorsed the ASF as part of a plea bargain for second degree murder and a sentence in youth court. In these circumstances, there was motivation to shift responsibility to his co-accused. D.S. was also assured that he would not have to make any further statements to police and he testified at the appellant's trial that this was one of the reasons that he had accepted the plea agreement. D.S. further testified that he agreed to some facts in the ASF that he said he did not or could not know and that he did not understand everything that he read before agreeing to the statement's contents. Those portions of the ASF that shifted responsibility for the murder to the appellant are inherently unreliable.

[66] Le juge du procès a admis qu'il était dans l'intérêt de D.S. de minimiser son rôle dans l'affaire s'il voulait obtenir une peine spécifique pour meurtre au deuxième degré. En effet, D.S. a déclaré avoir convenu de certains faits dont il n'avait pas une connaissance personnelle ou qu'il savait faux pour être admissible à la négociation de plaider. Dans ce contexte, D.S. avait de bonnes raisons de minimiser sa propre conduite et d'amplifier celle de son coaccusé.

[67] Compte tenu des circonstances de l'espèce, je ne puis conclure que le juge du procès a fait erreur en omettant d'examiner si le caractère solennel de l'audience ou la participation des avocats constituaient des garanties circonstanciées de fiabilité découlant de la nature de la preuve.

VII. Résumé et conclusion

[68] Le juge du procès a peut-être attribué une portée excessive au secret professionnel de l'avocat et aux conséquences de l'application de ce privilège sur le contre-interrogatoire de D.S., mais je ne suis pas convaincue que le ministère public a prouvé qu'une quelconque erreur aurait eu une incidence significative sur la conclusion du juge du procès.

[69] Les circonstances soulignées par ce dernier suscitent des préoccupations non négligeables quant à savoir si certains passages de l'exposé conjoint des faits que le ministère public voulait invoquer au procès de l'appelant, lesquels minimisent le rôle de D.S. dans le meurtre, atteignent le seuil de fiabilité nécessaire. D.S. a souscrit l'exposé conjoint des faits dans le cadre de la négociation d'un plaider de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et d'une peine spécifique. Dans ces circonstances, il avait de bonnes raisons de rejeter la responsabilité sur son coaccusé. On lui avait assuré qu'il n'aurait pas à faire d'autres déclarations à la police, et il a affirmé au procès de l'appelant qu'il avait accepté l'entente sur le plaider notamment pour cette raison. D.S. a ajouté qu'il avait convenu de certains faits dans l'exposé conjoint des faits dont il n'avait pas ou n'aurait pas pu avoir connaissance et qu'il n'avait pas compris tout le contenu de l'exposé avant de le souscrire. Les passages qui rejettent la responsabilité du meurtre sur l'appelant sont intrinsèquement peu fiables.

[70] Further, the trial judge identified the following factors that made it difficult to assess the veracity of the prior inconsistent statement. The statement was not videotaped or taken under oath. There was no opportunity to assess D.S.'s demeanour or rely upon any spontaneous choice of words. The police and Crown counsel chose not to videotape, under oath, as is routinely available, especially in homicide cases.

[71] In light of these difficulties, only a full and complete opportunity to cross-examine would have provided a genuine basis on which to assess the reliability of D.S.'s statements. His invocation of solicitor-client privilege, however, would preclude a full opportunity to cross-examine him.

[72] The trial judge did not err in finding that the jury would not have the tools to assess or test the truthfulness of the exculpatory portions of the ASF. I would allow the appeal and restore the acquittal.

The reasons of Rothstein and Wagner JJ. were delivered by

WAGNER J. (dissenting) —

I. Background

[73] At its core, this case deals with the admissibility of hearsay statements under the principled approach to hearsay rooted in necessity and reliability. The hearsay evidence in question is a prior statement which was inconsistent with the testimony of a witness (also the co-accused) at the trial of the accused. The prior inconsistent statement was an Agreed Statement of Facts (“ASF”) which was read in as part of the guilty plea of the co-accused who was being tried separately as a youth.

[74] While there is a great deal of case law that has dealt with prior inconsistent statements under the principled approach, there are two wrinkles which

[70] En outre, le juge du procès a relevé des facteurs qui nuisaient à l’appréciation de la véracité de la déclaration antérieure incompatible. La déclaration n’avait été ni enregistrée sur bande vidéo ni faite sous serment. Il n’y a eu aucune possibilité d’évaluer le comportement de D.S. ou son choix spontané de mots. Les policiers et l’avocat du ministère public ont décidé de ne pas enregistrer la déclaration sur bande vidéo, sous serment, comme cela se fait couramment, surtout dans les affaires d’homicide.

[71] Compte tenu de ces problèmes, seule la possibilité voulue de contre-interroger D.S. aurait véritablement permis d’évaluer la fiabilité de ses déclarations. Le fait qu’il ait invoqué le secret professionnel de l’avocat a toutefois écarté cette possibilité.

[72] Le juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant que le jury ne disposerait pas des outils nécessaires pour apprécier la véracité des passages disculpatoires de l’exposé conjoint des faits. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittement.

Version française des motifs des juges Rothstein et Wagner rendus par

LE JUGE WAGNER (dissident) —

I. Contexte

[73] La présente affaire porte essentiellement sur l’admissibilité de déclarations relatées selon la méthode d’analyse raisonnée du oui-dire fondée sur la nécessité et la fiabilité. La preuve par oui-dire qui nous intéresse en l’espèce est une déclaration antérieure incompatible avec le témoignage livré par son auteur — aussi le coaccusé — lors du procès de l’accusé. Il s’agit plus précisément d’un exposé conjoint des faits qui a été lu à l’occasion du plaidoyer de culpabilité du coaccusé, jugé séparément en tant que jeune contrevenant.

[74] Bien qu’il existe une abondante jurisprudence sur les déclarations antérieures incompatibles qu’il convient ou non d’admettre en preuve

make its application to this case unique. First, unlike the police and out-of-court statements that are dealt with in much of the existing jurisprudence, the ASF at issue was accepted by the courts as part of a guilty plea and sentencing relating to the co-accused's participation in the crime in question. Second, the analysis under the principled approach was fraught with procedural errors stemming from the conduct of the trial judge as well as both Crown and defence counsel. With these two differences in mind and for the reasons that follow, I believe that the question of admissibility must be redetermined in a new trial.

II. Background

[75] The appellant, Yousanthan Youvarajah, stands accused of the first degree murder of Andrew Freake who was shot and killed during a drug deal that went wrong on October 11, 2007. While Youvarajah did not pull the trigger, the Crown contends that the appellant orchestrated the shooting of Freake as retribution for being short-changed during two earlier sales of cocaine.

[76] The events leading to the fatal shooting were initiated when Youvarajah called Freake to arrange for the purchase of one and a half pounds of marijuana. After a series of delays, including an initial meeting in an apartment building and two changes of venue for the exchange due to excessive crowds, the parties met in Clyde Park to complete the transaction. Freake, who was accompanied by two friends, followed the appellant into the park.

[77] Youvarajah was accompanied by a young person, D.S., and two other acquaintances, Abhishaik Shinde and Raibeen Mohammad. They went to the meeting place in an SUV driven by Shinde. D.S. sat in the front passenger seat with the

selon la méthode d'analyse raisonnée, deux difficultés en rendent l'application unique dans la présente affaire. Tout d'abord, à la différence des déclarations faites à la police et des déclarations extrajudiciaires sur lesquelles la jurisprudence s'est surtout attardée jusqu'ici, l'exposé conjoint des faits a été accepté par les tribunaux comme faisant partie du plaidoyer de culpabilité, et a été pris en compte pour déterminer la peine du coaccusé relativement à sa participation au crime en question. De plus, l'examen fondé sur la méthode d'analyse raisonnée a été, en l'espèce, entaché d'erreurs procédurales attribuables tant aux agissements du juge du procès qu'à ceux des avocats du ministère public et de la défense. En gardant à l'esprit ces deux différences et pour les motifs qui suivent, j'estime que la question de l'admissibilité devrait être réexaminée et tranchée dans le cadre d'un nouveau procès.

II. Les faits

[75] L'appelant, Yousanthan Youvarajah, est accusé du meurtre au premier degré d'Andrew Freake, qui a été abattu le 11 octobre 2007 lors d'une transaction de drogue qui a mal tourné. Bien que M. Youvarajah n'ait pas appuyé sur la détente, selon le ministère public, c'est lui qui a orchestré l'assassinat de M. Freake pour se venger, après s'être fait rouler lors de deux transactions antérieures de cocaïne.

[76] Les événements à l'origine de l'incident qui a coûté la vie à la victime ont commencé lorsque M. Youvarajah a appelé M. Freake pour organiser l'achat d'une livre et demie de marijuana. Après une série de reports — notamment à la suite d'une première rencontre dans un immeuble d'habitation et de deux changements du lieu où la transaction devait se dérouler en raison de la densité de la foule —, les individus se sont rencontrés au parc Clyde pour clore la transaction. M. Freake a suivi l'appelant dans le parc en compagnie de deux amis.

[77] M. Youvarajah était accompagné d'un jeune homme, D.S., et de deux autres connaissances, Abhishaik Shinde et Raibeen Mohammad. Ils se sont rendus au lieu fixé pour la rencontre à bord d'un véhicule utilitaire sport qui était conduit par

appellant sitting directly behind him. Mohammad sat in the back seat behind Shinde.

[78] Once inside the park, Shinde drove the SUV onto a grassy area and Freake stopped in a nearby parking lot. Freake and one of his acquaintances approached the SUV by foot carrying three bags of marijuana. Two bags of marijuana were passed into the car to be tested. When Freake refused to pass the third bag, D.S. pulled out a handgun and shot Freake in the chest.

[79] Within days of the shooting, both D.S. and Youvarajah were arrested and charged with first degree murder. The charges against D.S. related to his role as the shooter while charges against Youvarajah were for planning and orchestrating the shooting. Since D.S. was a youth, his trial proceeded separately. He pleaded guilty to second degree murder with the consent of the Crown. As part of his guilty plea proceeding, an ASF which was signed by D.S., his two trial counsel, and the Crown, was read in and filed.

[80] In the ASF, D.S. claimed that the appellant (1) gave D.S. the handgun used in the shooting; (2) told D.S. to shoot Freake at some point during the drug deal; and (3) demanded that D.S. return the handgun to him after the shooting. These three elements of the ASF were crucial components of the Crown's case against Youvarajah.

[81] At the appellant's trial, D.S. was called to testify about Youvarajah's alleged involvement in planning the shooting. While D.S. confirmed that he was the shooter, his testimony regarding the appellant's involvement contradicted portions of the ASF, namely the three elements previously outlined. Once on the stand, D.S. claimed that (1) he obtained the handgun from a prior break and enter; (2) he did not shoot Freake on Youvarajah's

M. Shinde. D.S. occupait le siège du passager avant et l'appelant était assis directement derrière lui. M. Mohammad se trouvait, pour sa part, derrière M. Shinde, sur la banquette arrière.

[78] Une fois à l'intérieur du parc, M. Shinde a conduit le véhicule jusqu'à un espace gazonné. M. Freake s'est arrêté dans un stationnement situé tout près, puis, avec un des deux hommes qui l'accompagnaient, il s'est approché du véhicule utilitaire sport à pied, apportant trois sachets de marijuana. Il a remis deux de ces sachets aux occupants du véhicule pour les faire vérifier. Après que M. Freake a refusé de passer le troisième sachet, D.S. a sorti un pistolet et l'a atteint d'un coup de feu à la poitrine.

[79] Quelques jours plus tard, D.S. et M. Youvarajah ont été arrêtés et accusés de meurtre au premier degré. D.S. a été accusé en tant que tireur, tandis que M. Youvarajah a été accusé d'avoir planifié et orchestré le meurtre. Comme il était adolescent, D.S. a été jugé séparément. Avec le consentement du ministère public, il a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Un exposé conjoint des faits, signé par D.S., par ses deux avocats au procès et par le représentant du ministère public, a été lu à l'occasion de son plaidoyer de culpabilité et a été versé au dossier.

[80] Dans cet exposé conjoint des faits, D.S. affirmait que l'appelant : (1) lui avait donné le pistolet qui avait été utilisé pour le meurtre; (2) lui avait dit d'abattre M. Freake à un certain moment au cours de la transaction de stupéfiants; et (3) avait exigé que D.S. lui remette le pistolet après le meurtre. Ces trois éléments de l'exposé conjoint des faits étaient des éléments cruciaux de la preuve à charge contre M. Youvarajah.

[81] Au procès de l'appelant, D.S. a été appelé à témoigner au sujet du rôle présumément joué par M. Youvarajah pour planifier le meurtre. D.S. a confirmé qu'il était le tireur, mais le témoignage qu'il a donné au sujet du rôle joué par l'appelant a contredit certaines parties de l'exposé conjoint des faits, en l'occurrence les trois éléments mentionnés précédemment. À la barre des témoins, D.S. a affirmé : (1) qu'il avait obtenu le pistolet

instructions but rather because Freake was being disrespectful; and (3) he threw the murder weapon into a river after the shooting.

[82] In light of D.S.'s testimony, the Crown applied to have the ASF admitted for the truth of its contents. The trial judge dismissed the Crown's application, finding that the ASF did not meet the standard of threshold reliability that is necessary for evidence to be admitted under the principled approach to hearsay evidence. Without the relevant evidence implicating the accused, the trial judge granted Youvarajah's application for a directed verdict of acquittal.

[83] In reaching his conclusions, the trial judge focused on the three indicia of reliability outlined in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 ("*B. (K.G.)*"). After noting that D.S. did not take an oath, he found that the jury would not have the opportunity to assess the witness' demeanour since the guilty plea was not videotaped. Accordingly, the trial judge's reliability analysis hinged on the opportunity of cross-examining D.S.

[84] During the trial proceedings, defence counsel suggested that the examination of D.S. regarding the ASF could be restricted by solicitor-client privilege. D.S. was granted the opportunity to obtain independent legal advice. After consulting with independent counsel, Mr. Marentette, D.S. informed the court that he would not waive solicitor-client privilege in any way. In light of D.S.'s assertion of solicitor-client privilege, the trial judge found that the opportunity to cross-examine D.S. about the ASF was illusory.

[85] In his reasons, the trial judge also noted that the ASF lacked additional indicia of reliability beyond the three markers laid out in *B. (K.G.)*. Namely, the ASF was not spontaneous, it was not crafted in D.S.'s own words, and the circumstances

antérieurement, lors d'une introduction par effraction; (2) qu'il n'avait pas abattu M. Freake sur l'ordre de M. Youvarajah, mais parce que M. Freake lui avait manqué de respect; (3) qu'il avait jeté l'arme du crime à la rivière après le meurtre.

[82] Compte tenu du témoignage de D.S., le ministère public a demandé que l'exposé conjoint des faits soit admis en preuve pour établir la véracité de son contenu. Le juge du procès a rejeté la demande du ministère public, ayant conclu que l'exposé conjoint des faits ne satisfaisait pas au critère de fiabilité requise pour qu'il soit admis en preuve en vertu de la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire. À défaut d'éléments de preuve pertinents impliquant l'accusé, le juge du procès a fait droit à sa demande d'un verdict imposé d'acquiescement.

[83] Pour tirer ses conclusions, le juge du procès s'est concentré sur les trois indices de fiabilité énoncés dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (« *B. (K.G.)* »). Après avoir fait observer que D.S. n'avait pas prêté serment, le juge du procès a conclu que le jury n'aurait pas la possibilité d'évaluer le comportement du témoin, puisque son plaidoyer de culpabilité n'avait pas été enregistré sur bande vidéo. En conséquence, le juge du procès a axé son analyse de la fiabilité sur la possibilité de contre-interroger D.S.

[84] Au procès, l'avocat de la défense a fait valoir que le privilège du secret professionnel de l'avocat pouvait empêcher l'interrogatoire de D.S. sur l'exposé conjoint des faits. D.S. s'était vu offrir la possibilité d'obtenir des conseils juridiques indépendants. Après avoir consulté M^e Marentette, un avocat indépendant, D.S. a informé le tribunal qu'il refusait de renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat de quelque manière que ce soit. Le juge du procès s'est alors dit d'avis que, comme D.S. invoquait ce privilège, toute possibilité de le contre-interroger relativement à l'exposé conjoint des faits devenait illusoire.

[85] Dans ses motifs, le juge du procès a aussi fait observer qu'on ne trouvait dans l'exposé conjoint des faits aucun indice de fiabilité autre que les trois énoncés dans *B. (K.G.)*. Il a précisé, par exemple, que l'exposé n'était pas le fruit d'une déclaration

of the ASF allowed the court to infer a motive to lie in order to secure a lesser sentence as part of the guilty plea. The trial judge further noted that D.S. was never warned of the potential penal consequences of later recanting.

[86] The Crown appealed the decision to the Ontario Court of Appeal where the acquittal was set aside and a new trial ordered. In her reasons, Simmons J.A. addressed three issues. First, she held that the trial judge erred in finding that the opportunity to cross-examine D.S. was illusory. Specifically, Simmons J.A. found that the trial judge “put his stamp of approval” on the position of both defence and Crown counsel that a cross-examination of D.S. or D.S.’s counsel about the circumstances giving rise to the ASF was precluded due to D.S.’s assertion of privilege (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, at para. 95). Simmons J.A. also distinguished the instant case from *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579, where the Ontario Court of Appeal found the possibility of cross-examining a recanting witness to be illusory since he could not recall the prior statement. Simmons J.A. found that D.S. could recall portions of the ASF and, in fact, the three elements crucial to the Crown’s case against Youvarajah.

[87] Second, Simmons J.A. found that the trial judge erred by unduly focusing on the *B. (K.G.)* recommended safeguards while failing to consider other factors relevant to the reliability analysis. She found that the lack of “presence” at the time of the prior statement, such as in the form of a video, was irrelevant due to D.S.’s minimal involvement in the proceeding and that the solemn circumstances of D.S.’s guilty plea added to the reliability of the

spontanée et que son libellé ne correspondait pas aux propres mots de D.S. En outre, les circonstances dans lesquelles il avait été rédigé permettaient au tribunal de penser que D.S. avait des raisons de mentir pour obtenir une peine moins sévère en plaidant coupable. Le juge du procès a également noté que D.S. n’avait jamais été informé des conséquences pénales auxquelles il s’exposait s’il se rétractait ultérieurement.

[86] Le ministère public a porté la décision en appel devant la Cour d’appel de l’Ontario, qui a annulé l’acquittal et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Dans ses motifs, la juge Simmons a abordé trois questions. Premièrement, elle a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire. Plus précisément, la juge Simmons a estimé que le juge du procès s’était [TRADUCTION] « contenté d’entériner » la thèse tant de l’avocat de la défense que de l’avocat du ministère public suivant laquelle ni D.S. ni son avocat ne pouvaient être contre-interrogés relativement aux circonstances à l’origine de l’exposé conjoint des faits, puisque D.S. avait invoqué le privilège du secret professionnel de l’avocat (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, par. 95). La juge Simmons a également établi une distinction entre la cause dont elle était saisie et l’arrêt *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579, parce que, dans cette dernière affaire, la Cour d’appel de l’Ontario avait conclu que la possibilité de procéder au contre-interrogatoire du témoin qui s’était rétracté était illusoire du fait que ce témoin ne pouvait se rappeler ses déclarations antérieures, tandis que, en l’espèce, la juge Simmons a conclu que D.S. pouvait, lui, se rappeler certaines parties de l’exposé conjoint des faits, notamment les trois éléments cruciaux de la preuve à charge contre M. Youvarajah.

[87] Deuxièmement, la juge Simmons a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en insistant trop sur les garanties recommandées par l’arrêt *B. (K.G.)*, tout en ignorant d’autres facteurs pertinents en ce qui a trait à l’analyse de la fiabilité. Elle a conclu que l’incapacité du juge des faits d’évaluer le comportement du témoin parce qu’il n’était pas « présent » au moment où la déclaration a été faite (comme lors du visionnement d’une

statement. Simmons J.A. also held that it could be inferred that D.S. was warned about the penal consequences of recanting since experienced defence counsel was involved in the preparation and presentation of the ASF.

[88] Third, Simmons J.A. briefly addressed the issue of inherent motive for D.S. to lie in the ASF. She found that this was an issue for the trial judge to address at the new trial if the other indicia considered were not sufficient to meet the standard of threshold reliability.

III. Issues

[89] The issue before this Court is simply whether the ASF was sufficiently reliable to be admitted into evidence for the truth of its contents under the principled approach to hearsay based on necessity and reliability. Since necessity is not at issue, the focus of the analysis that follows will be on the reliability of the ASF. The reliability analysis raises a series of sub-issues on the facts before this Court:

1. Did the trial judge err in holding that the opportunity to cross-examine D.S. was illusory as a result of his invoking solicitor-client privilege?
2. Did the nature of the ASF and the circumstances under which it was prepared and presented provide sufficient indicia of reliability?

IV. Analysis

A. *Overview of Admissibility of Prior Inconsistent Statements Under the Principled Approach*

[90] The principled approach to the admissibility of hearsay evidence was adopted by this Court

(bande vidéo par exemple), n'était pas un facteur pertinent en raison du rôle minimal joué par D.S. au procès et du fait que les circonstances solennelles entourant le plaidoyer de culpabilité de D.S. ajoutaient à la fiabilité de la déclaration. En outre, selon la juge Simmons, on pouvait déduire que D.S. avait été informé des conséquences pénales d'une rétractation, puisque des avocats de la défense expérimentés avaient participé à la préparation et à la présentation de l'exposé conjoint des faits.

[88] Troisièmement, la juge Simmons a brièvement abordé la question des raisons personnelles qu'avait D.S. de mentir dans l'exposé conjoint des faits. Elle a conclu qu'il revenait au juge du nouveau procès de trancher cette question si les autres indices examinés n'étaient pas suffisants pour que soit atteint le seuil de fiabilité requis.

III. Questions en litige

[89] La question soumise à la Cour est simplement celle de savoir si l'exposé conjoint des faits était suffisamment fiable pour être admis en preuve pour établir la véracité de son contenu selon la méthode d'analyse raisonnée du oui-dire fondée sur la nécessité et la fiabilité. Puisque la nécessité n'est pas en cause, l'analyse qui suit sera essentiellement axée sur la fiabilité de l'exposé en question. Cela dit, compte tenu des faits portés à la connaissance de la Cour, cette analyse soulève plusieurs sous-questions :

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en estimant que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire du fait que ce dernier avait invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat?
2. La nature de l'exposé conjoint des faits et les circonstances dans lesquelles il a été rédigé et présenté fournissent-elles suffisamment d'indices de fiabilité?

IV. Analyse

A. *Rappel des règles d'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles suivant la méthode d'analyse raisonnée*

[90] La méthode d'analyse raisonnée en matière d'admissibilité des preuves par oui-dire a été

in *B. (K.G.)*. Prior to *B. (K.G.)*, the use of prior inconsistent statements, or any form of hearsay evidence, was restricted to impeaching witness credibility. This restriction was to ensure that untested and unreliable evidence that could lead to an unfair verdict was excluded and that litigants were provided with the opportunity to confront witnesses who were adverse to their position.

[91] In certain circumstances, hearsay evidence presents minimal dangers to trial fairness. In those situations, its exclusion would be more detrimental to the fact-finding function of the court than its admission. By endorsing the principled approach in *B. (K.G.)*, this Court sought to strike a better balance between trial fairness and the truth-seeking function of the judicial process. Under the principled approach, hearsay statements remain presumptively inadmissible, but may be admitted where necessity and reliability are sufficiently demonstrated.

[92] Necessity arises from the fact that important evidence leading to the truth would otherwise be lost when a witness recants. This aspect of the principled approach requires no further analysis on these facts.

[93] The reliability requirement is aimed at identifying cases where the dangers of hearsay evidence may be overcome. Indeed, in *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 62-63, Charron J. indicated that the reliability requirement will generally be met either (1) by showing that there is no real concern about a statement's truth owing to the circumstances in which it arose; or (2) by showing that there is no real danger that the statement is made in hearsay form since, in the circumstances, its reliability can be sufficiently tested by means other than contemporaneous cross-examination and presence. These categories are not mutually exclusive and merely provide guidance

adoptée par la Cour dans *B. (K.G.)*. Avant que cet arrêt ne soit prononcé, on ne pouvait utiliser les déclarations antérieures incompatibles — ou toute forme de preuve par ouï-dire — que pour attaquer la crédibilité des témoins. Cette restriction visait à garantir que les éléments de preuve non vérifiés et peu fiables susceptibles de donner lieu à un verdict injuste soient exclus et que les plaideurs aient la possibilité de confronter les témoins dont la déposition leur était défavorable.

[91] Dans certains cas, la preuve par ouï-dire risque peu de compromettre l'équité du procès. L'exclusion de ce type de preuve risque alors de nuire davantage au travail d'appréciation des faits du tribunal que son admission. En adoptant la méthode d'analyse raisonnée proposée dans *B. (K.G.)*, la Cour a tenté de trouver un meilleur équilibre entre l'équité du procès et l'objectif de recherche de la vérité poursuivi par les tribunaux. Suivant cette méthode d'analyse raisonnée, les déclarations relatives sont encore présumées non admissibles, mais elles peuvent être admises si leur nécessité et leur fiabilité sont suffisamment démontrées.

[92] Il y a nécessité lorsque des éléments de preuve importants menant à la vérité seraient par ailleurs perdus lorsqu'un témoin se rétracte. Vu l'ensemble des faits de l'espèce, il n'est pas nécessaire de pousser davantage ce volet de l'analyse.

[93] L'exigence de fiabilité quant à elle vise à déterminer les cas où les dangers inhérents à la preuve par ouï-dire peuvent être surmontés. En effet, dans l'arrêt *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 62-63, la juge Charron a expliqué que, en règle générale, il sera satisfait à l'exigence de fiabilité s'il est démontré : soit (1) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite; soit (2) que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle puisque, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées autrement qu'au moyen d'un

in identifying the factors to be considered in an admissibility inquiry.

[94] In *B. (K.G.)*, this Court addressed the presence of adequate substitutes for traditional safeguards relied upon to test hearsay evidence. The admissibility question in *B. (K.G.)* dealt with the prior inconsistent statements made by the accused's friends in which they told police that he was responsible for stabbing and killing the victim. The three friends recanted at trial and the Crown sought to have their prior statements admitted for their truth. While a new trial was ordered to determine the admissibility of the prior inconsistent statements, this Court outlined the principled approach to be used in the analysis.

[95] Lamer C.J. indicated that sufficient circumstantial guarantees of reliability could be found where three indicia were satisfied: if (1) the statement was made under oath, solemn affirmation or solemn declaration following an explicit warning as to the criminal consequences of making false statements; (2) the entire statement was videotaped; and (3) the opposing party has an opportunity to cross-examine the witness at trial.

[96] Importantly, Lamer C.J. left the door open for alternative indicia of reliability, stating, at p. 796:

Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est présentée. Ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité ne s'excluent pas mutuellement, et elles servent uniquement de guides pour reconnaître les facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans l'analyse de l'admissibilité.

[94] Dans l'affaire *B. (K.G.)*, la Cour s'est penchée sur l'existence de substituts acceptables aux garanties traditionnelles invoquées pour juger des preuves par oui-dire. Le problème d'admissibilité qui se posait dans l'affaire *B. (K.G.)* avait trait à des déclarations antérieures incompatibles faites par trois amis de l'accusé qui avaient dit à la police que ce dernier avait poignardé à mort la victime. Ces personnes étaient revenues sur leurs déclarations au procès et le ministère public cherchait à les faire admettre pour établir la véracité de leur contenu. Bien que la tenue d'un nouveau procès ait été ordonnée pour qu'il soit jugé de l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles, la Cour a pris soin d'expliquer la méthode raisonnée à utiliser pour procéder à l'analyse permettant de tirer une conclusion à cet égard.

[95] Le juge en chef Lamer a expliqué qu'il y a des garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes s'il est satisfait à trois critères : (1) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions pénales en cas de fausse déclaration, (2) si la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (3) si la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin au procès.

[96] Fait important, le juge en chef Lamer a envisagé la possibilité de tenir compte d'autres indices de fiabilité, en déclarant à la p. 796 :

Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement.

[97] Indeed, subsequent cases have found hearsay evidence to be admissible even when all three of the indicia from *B. (K.G.)* are not present. *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, was such a case. In that case, the accused was arrested for reported sexual activity with his 13-year-old daughter. During separate police interviews, both the accused and his daughter provided matching and specific details of the same sexual activities and occurrences, including having had intercourse the previous night. The issue on appeal was whether the trial judge erred in allowing the jury to compare the accused's unadopted statement with his daughter's unadopted prior inconsistent statement. Despite the absence of an oath and videotaped statement, this Court found that the reliability threshold was met. In addition to the ability to cross-examine the accused, the Court found reliability in the "strikingly similar" statements provided by the accused and his daughter.

[98] In *Khelawon*, this Court further clarified that *B. (K.G.)* was never intended to create categorical exceptions. Rather, admissibility was to be determined using the principled approach on a case-by-case basis, allowing the indicia of oath, presence (or video), and cross-examination to provide guidance in the reliability assessment as opposed to rigid requirements.

[99] Regardless of the circumstances of a particular case and the indicia that may be available for the reliability analysis, it is crucial not to lose sight of the truth-seeking function of an admissibility inquiry under the principled approach. In the instance of a prior inconsistent statement, the purpose of the admissibility inquiry is not to make an absolute determination of the reliability of the hearsay statement as compared with the subsequent testimony. Rather, the inquiry is intended to ensure that the statement is sufficiently reliable in order for

[97] D'ailleurs, dans des décisions subséquentes, la Cour a estimé que la preuve par ouï-dire était admissible même lorsque l'un ou l'autre des trois indices énoncés dans *B. (K.G.)* n'était pas présent. L'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, en est un bon exemple. Dans cette affaire, l'accusé avait été arrêté à la suite d'un signalement selon lequel il avait eu des activités sexuelles avec sa fille âgée de 13 ans. Interrogés séparément par des policiers, l'accusé et sa fille avaient donné des versions détaillées correspondantes au sujet des mêmes faits et activités sexuelles, racontant notamment qu'ils avaient eu des rapports sexuels la nuit précédente. La question en litige en appel était celle de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en permettant au jury de comparer la déclaration dont l'accusé s'était rétracté avec la déclaration antérieure incompatible dont la plaignante s'était rétractée. Malgré l'absence de serment et d'enregistrement sur bande vidéo des déclarations, la Cour a conclu que le seuil de fiabilité avait été atteint. Outre le fait qu'il était possible de contre-interroger l'accusé, la Cour a constaté une « similitude frappante » entre la déclaration de l'accusé et celle de sa fille.

[98] Dans l'arrêt *Khelawon*, la Cour a en outre tenu à préciser que l'arrêt *B. (K.G.)* n'avait pas comme objectif de créer des catégories d'exceptions. L'admissibilité devait plutôt être déterminée, de préférence à l'application de critères rigides, cas par cas en fonction de la méthode d'analyse raisonnée en permettant aux indices du serment, de la présence à l'audience ou de l'enregistrement vidéo et du contre-interrogatoire de servir de guide lors de l'examen de la fiabilité.

[99] Indépendamment des circonstances d'une affaire donnée et des indices dont il est possible de tenir compte dans le cadre de l'analyse de la fiabilité, il est crucial de ne pas perdre de vue l'objectif de recherche de la vérité qui est poursuivi dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité selon la méthode raisonnée. Dans le cas de déclarations antérieures incompatibles, l'analyse de l'admissibilité ne vise pas à trancher de façon absolue la question de la fiabilité de la déclaration relatée par rapport au témoignage subséquent. Elle vise plutôt à assurer

the trier of fact to assign the appropriate weight to the evidence. As Charron J. states in *Khelawon*, the “general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and who has not been subject to the test of cross-examination” (para. 35).

[100] This principle is articulated in *B. (K.G.)* where this Court draws the distinction between threshold reliability and ultimate reliability, stating:

The ultimate reliability of the statement and the weight to be attached to it remain, as with all evidence, determinations for the trier of fact. What the reliability component of the principled approach to hearsay exceptions addresses is a threshold of reliability, rather than ultimate or certain reliability. [p. 787]

[101] As Charron J. stresses in *Khelawon*, at paras. 92-93, this distinction does not mean that relevant factors should be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, a more functional approach should be adopted by which the context will determine whether certain factors go to threshold reliability. The focus of the inquiry should be on the dangers of hearsay evidence and the circumstances relied upon to overcome those dangers. However, “it is crucial to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*” (para. 93).

[102] Given the truth-seeking function of the judicial process, I am of the view that threshold reliability should be generously interpreted in the admissibility inquiry. Trial fairness and protection against the dangers of hearsay are not sacrificed where the trier of fact is ultimately able to make reasonable determinations of the weight to be accorded to evidence before the court. The reliability inquiry does not need to ensure absolute reliability. Rather, the circumstances surrounding the hearsay

que la déclaration est suffisamment fiable pour que le juge des faits puisse y attribuer la valeur qui convient. Ainsi que la juge Charron l’a souligné dans *Khelawon* : « La règle d’exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d’apprécier le poids à donner, s’il y a lieu, à une déclaration d’une personne qui n’a été ni vue ni entendue et qui n’a pas eu à subir un contre-interrogatoire » (par. 35).

[100] Ce principe a été énoncé dans *B. (K.G.)*, où la Cour a établi une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue en déclarant ce qui suit :

En définitive, comme pour tout élément de preuve, c’est au juge des faits qu’il appartient de se prononcer sur la fiabilité de la déclaration et sur le poids qu’il y a lieu de lui accorder. Ce que vise l’élément fiabilité de l’analyse fondée sur des principes de la règle de l’exclusion du ouï-dire, c’est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutable. [p. 787]

[101] Ainsi que la juge Charron l’a souligné aux par. 92-93 de l’arrêt *Khelawon*, cette distinction ne signifie pas que les facteurs pertinents devraient être rangés selon qu’ils se rapportent soit au seuil de fiabilité soit à la fiabilité absolue. On devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle selon laquelle le contexte détermine si certains facteurs se rattachent davantage au seuil de fiabilité. L’analyse devrait se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire, de même que sur les circonstances invoquées pour écarter ces dangers. Cependant, « il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits que la question de la fiabilité en dernière analyse ne soit pas préjugée lors du voir-dire portant sur l’admissibilité » (par. 93).

[102] Compte tenu de l’objectif de recherche de la vérité que poursuivent les tribunaux, je suis d’avis que le seuil de fiabilité devrait être interprété généreusement lors de l’analyse de l’admissibilité. L’équité du procès et la protection contre les dangers du ouï-dire ne sont pas sacrifiées lorsque, en définitive, le juge des faits peut tirer des conclusions raisonnables quant à la valeur à accorder aux éléments de preuve soumis au tribunal. L’analyse de la fiabilité n’a pas à garantir une fiabilité absolue.

evidence must provide a sufficient basis for the trier of fact to assess and assign the appropriate weight and eventually determine ultimate reliability.

B. *Application to the Case at Hand*

[103] As the following analysis will disclose, the trial judge erred in his determination that the ASF did not meet the standard of threshold reliability. That is not to say that the circumstances in this case provide sufficient evidence to conclusively determine that the ASF should be admitted. Rather, the admissibility inquiry was incomplete and did not provide a proper basis for the trial judge to exclude the relevant evidence. As articulated by the Ontario Court of Appeal, the issue of admissibility should be addressed at a new trial where threshold reliability can be properly assessed.

(1) The Nature of the Hearsay Evidence in Question

[104] Not all out-of-court statements are created equal. Indeed, this idea is captured by the principle from *Khelawon* that hearsay evidence will generally be admissible under the principled approach where there is either inherent reliability or circumstances that allow reliability to be tested by the trier of fact. While much of this analysis hinges on the factors that can reduce the dangers of hearsay, the nature of the hearsay statement before this Court cannot be ignored.

[105] Much of the jurisprudence pertaining to the admission of prior inconsistent statements deals with statements made to police (see *Khelawon*; *B. (K.G.)*; *U. (F.J.)*; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373 (Ont. C.A.)) and to a lesser degree with

Les circonstances entourant la preuve par oui-dire doivent plutôt fournir au juge des faits suffisamment d'éléments pour lui permettre d'apprécier la preuve et de lui accorder la valeur appropriée ainsi que pour, plus tard, se prononcer sur la fiabilité absolue.

B. *Application à la présente affaire*

[103] Comme l'analyse qui suit le démontrera, le juge du procès a commis une erreur en l'espèce en concluant que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité requis. Cela ne veut pas dire pour autant que les circonstances de la présente affaire offrent suffisamment de preuve pour pouvoir déterminer de manière concluante que l'exposé conjoint des faits était admissible. En réalité, l'analyse de l'admissibilité était incomplète et ne permettait pas au juge du procès d'exclure les éléments de preuve pertinents. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a expliqué, la question de l'admissibilité devrait être examinée dans le cadre d'un nouveau procès au cours duquel la question du seuil de fiabilité pourrait être examinée comme il se doit.

(1) Nature de la preuve par oui-dire en question

[104] Les déclarations extrajudiciaires ne s'équivalent pas toutes. Cette idée ressort d'ailleurs du principe énoncé dans *Khelawon* suivant lequel la preuve par oui-dire sera, en règle générale, admissible selon la méthode d'analyse raisonnée lorsqu'il existe soit une fiabilité inhérente, soit des circonstances qui permettent au juge des faits de vérifier la fiabilité. Bien qu'une grande partie de cette analyse s'articule autour de facteurs qui permettent de réduire les dangers du oui-dire, on ne peut faire abstraction de la nature de la déclaration relatée sur laquelle la Cour est appelée à se pencher.

[105] Une grande partie de la jurisprudence relative à l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles porte sur des déclarations faites à la police (voir *Khelawon*; *B. (K.G.)*; *U. (F.J.)*; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373 (C.A. Ont.))

out-of-court conversations (see *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298) or statements made at preliminary hearings for the trial where admissibility is in question (see *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043).

[106] The hearsay statement at issue in this case is an ASF which was drafted with the contribution and approval of Crown counsel, defence counsel and the accused. More importantly, it was accepted by a court in the sentencing of a youth for the very serious crime of second degree murder. While the ASF and guilty plea proceedings did not include an explicit indication by the Crown that it consented to a lesser charge against D.S. because of his anticipated subsequent cooperation in proceedings against Youvarajah, it is certainly implicit in the nature of the plea agreement and the facts therein. Accordingly, the ASF was used in some capacity to reduce the sentence of D.S. for a very serious crime.

[107] The characteristics of the ASF in this case are somewhat unique when compared to other statements in previous case law. Statements to police and out-of-court conversations are not generally admitted as evidence in proceedings that may limit another individual's freedom through sentencing, or that impact on society's interest in deterrence, rehabilitation and retribution, not to mention public protection from dangerous offenders.

[108] An ASF presented in court carries an inherent level of reliability that the judicial system accepts and, in fact, implicitly relies upon in the workings of the administration of justice. It follows that not allowing an ASF to be admitted for its truth in a subsequent hearing, to be weighed and evaluated by the trier of fact, is problematic when viewed through the wider lens of the repute of the system of administration of justice. What does it say about

et, dans une moindre mesure, sur des déclarations extrajudiciaires (voir *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298) ou sur des déclarations faites à l'enquête préliminaire en vue du procès lorsque l'admissibilité est en cause (voir *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043).

[106] La déclaration relatée en cause dans la présente affaire est un exposé conjoint des faits, rédigé avec la contribution et l'assentiment de l'avocat du ministère public, de ceux de la défense et de l'accusé. Qui plus est, cette déclaration a été acceptée par un tribunal qui s'est appuyé sur elle pour déclarer un jeune contrevenant coupable du crime très grave de meurtre au deuxième degré. Bien que l'audience relative au plaidoyer de culpabilité et à l'exposé conjoint des faits ne renferme aucune mention explicite indiquant que le ministère public aurait accepté de porter des accusations réduites en échange d'une éventuelle collaboration de D.S. au procès de M. Youvarajah, l'entente sur le plaidoyer et les faits de l'espèce permettent certainement de le penser. En conséquence, on a utilisé, jusqu'à un certain point, l'exposé conjoint des faits pour réduire la peine infligée à D.S. pour un crime très grave.

[107] Les caractéristiques de l'exposé conjoint des faits, en l'espèce, sont relativement uniques lorsqu'on les compare à d'autres déclarations en cause dans la jurisprudence antérieure. Les déclarations extrajudiciaires et celles faites à la police ne sont généralement pas admises en preuve dans le cadre d'instances qui pourraient soit priver une personne de sa liberté en la condamnant à une peine d'emprisonnement, soit porter atteinte à l'intérêt qu'a la société à favoriser la dissuasion, la réhabilitation et la répression, sans parler de l'importance de protéger le public contre les contrevenants dangereux.

[108] Par contre, l'exposé conjoint des faits présenté à un tribunal comporte un degré de fiabilité intrinsèque que le système judiciaire reconnaît et sur lequel il mise implicitement dans le cadre de l'administration de la justice. Il s'ensuit que le refus d'admettre un tel exposé en preuve en vue d'en établir la véracité au cours d'une audience subséquente pour permettre au juge des faits de le soulever et de l'évaluer est problématique lorsqu'on

the administration of justice if the courts accept the reliability of a statement to convict an individual and to vary the length of his sentence for a crime as serious as murder, but are unwilling to place that same statement before the trier of fact in another proceeding to be weighed and considered against a recantation of that statement?

[109] As a general rule, if a statement is accepted for its truth by the courts, and used to balance the liberty interests of the accused with societal considerations such as deterrence and retribution, then that statement provides a level of implicit reliability that warrants consideration in the admissibility inquiry in a subsequent third-party trial. That is not to say that a statement's use and judicial acceptance at a prior proceeding is sufficient in and of itself to meet the reliability requirement of the principled approach. Rather, it is merely a factor that must be considered in the admissibility inquiry, a factor that goes towards meeting the threshold reliability standard.

[110] Certainly, there are potential dangers that could arise with the use of such statements at subsequent trials. Indeed, these concerns are captured in a line of Ontario cases that has suggested that care should be taken when considering the admissibility of a statement for its truth under the principled approach when it is read in at a witness's earlier guilty plea (see *R. v. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. v. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; and *R. v. McGee*, 2009 CanLII 60789 (Ont. S.C.J.)). There is a whole host of reasons for which an accused could provide untruthful information in the context of a guilty plea, including a reduced sentence, expediency of multiple proceedings, retribution against the target of a subsequent trial through cooperative testimony, or even the lack

envisage la question sous l'angle plus large de la considération dont jouit le système d'administration de la justice. Que penser de cette administration si nos tribunaux considèrent qu'une déclaration est suffisamment fiable pour condamner un individu et modifier la durée de sa peine pour un crime aussi grave qu'un meurtre, mais refusent de soumettre cette même déclaration au juge des faits dans le cadre d'une autre instance pour lui permettre de soupeser et d'examiner cette déclaration à la lumière de la rétractation qui en a été faite?

[109] En principe, toute déclaration qui est admise en preuve par le tribunal pour établir la véracité de son contenu et qui est utilisée pour mettre dans la balance le droit à la liberté de l'accusé, d'une part, et des considérations sociales telles que la dissuasion et la répression, d'autre part, comporte implicitement un degré de fiabilité qui justifie qu'on en tienne compte lors de l'analyse de l'admissibilité au cours du procès ultérieur d'un tiers. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'utilisation et l'admission de cette déclaration par le tribunal au cours d'une instance antérieure suffisent à elles seules à répondre à l'exigence de la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée. Il s'agit plutôt simplement d'un facteur dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité, d'un facteur qui contribue à ce qu'il soit jugé que la déclaration en cause réponde au seuil de fiabilité requis.

[110] Certes, l'utilisation de telles déclarations lors de procès ultérieurs n'est pas sans risques. D'ailleurs, ces préoccupations ont été exprimées dans une série de décisions ontariennes qui ont invité à la prudence lorsqu'il s'agit d'examiner la possibilité d'admettre une déclaration en preuve pour établir la véracité de son contenu selon la méthode d'analyse raisonnée lorsque cette déclaration fait partie intégrante du plaidoyer de culpabilité antérieur d'un témoin (voir *R. c. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. c. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; *R. c. McGee*, 2009 CanLII 60789 (C.S.J. Ont.)). Il y a une foule de raisons pour lesquelles un accusé pourrait avoir intérêt à donner des renseignements non véridiques dans le contexte de l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité, notamment pour qu'il

of understanding of the meaning of the statement or of the charges laid against the individual.

[111] However, these potential dangers do not apply in every case and the resulting blanket assertions of unreliability do not take account of the nuanced approach that should take stock of factors that may add to or detract from the reliability inquiry in the particular context of the statement in question. While these cases correctly highlight some of the reliability concerns with this type of statement, they do not address some of the potential indicia of reliability that may be found in certain circumstances. It requires little imagination to envision circumstances where making a statement against friends, family, or professional acquaintances could be socially or even physically detrimental to a recanting witness. These social or physical ramifications against the interests of the witness provide an indication of reliability that may be weighed against any motive to lie. But these are considerations that must be borne out by the evidence and by the unique circumstances of each case and may not even be necessary to explore in depth at this stage of the analysis. Certainly, motive need not be considered if reliability can be established by other means. Nevertheless, motive is something that can provide context to the threshold reliability analysis.

[112] I also do not accept the argument that only the essential elements of the crime detailed in the ASF are accepted for their truth by the courts in a guilty plea. The implication of this proposition is that the courts are willing to accept a statement that is only partially true so long as it provides the judiciary with the necessary elements to convict an

obtienne une peine moins sévère, pour qu'il accélère le déroulement de multiples procès, pour qu'il se venge de la personne qui sera jugée après lui en témoignant comme collaborateur, voire parce qu'il ne comprend pas le sens de la déclaration ou des accusations portées contre lui.

[111] Toutefois, ces dangers potentiels n'existent pas dans tous les cas. En affirmant sans ambages que toutes ces déclarations ne sont pas fiables, on fait donc fi de la démarche nuancée que l'on doit suivre et dans le cadre de laquelle on doit tenir compte de facteurs qui viennent renforcer ou affaiblir la fiabilité de la déclaration lorsqu'on procède à l'analyse de la fiabilité en fonction du contexte particulier dans laquelle elle a été faite. Bien que la jurisprudence précitée ait à juste titre fait ressortir certaines des préoccupations que soulève ce type de déclaration en matière de fiabilité, elle ne dit rien au sujet des éventuels indices de fiabilité qui peuvent se dégager dans certaines circonstances. Sans avoir à faire preuve d'une grande imagination, on peut facilement concevoir des circonstances dans lesquelles le témoin qui ferait une déclaration défavorable à ses amis, aux membres de sa famille ou à des connaissances professionnelles et qui se rétracterait par la suite pourrait avoir à en souffrir sur le plan social ou même sur le plan physique. Ces conséquences sociales et physiques donnent une idée de la fiabilité qui peut être soupesée par rapport à l'intérêt qu'a le témoin à mentir. Il s'agit toutefois de considérations qui doivent être étayées par la preuve et par les circonstances uniques de chaque cas et il n'est peut-être même pas nécessaire de les examiner à fond à cette étape de l'analyse. Chose certaine, il n'est pas nécessaire d'examiner la motivation du témoin si on peut établir la fiabilité par d'autres moyens, mais elle reste néanmoins un élément susceptible d'établir un contexte lors de l'analyse du seuil de fiabilité.

[112] Je n'accepte pas plus l'argument suivant lequel seuls les éléments essentiels du crime qui sont allégués dans l'exposé conjoint des faits seraient admis comme preuve de la véracité de leur contenu par les tribunaux dans le cas d'un plaidoyer de culpabilité. Une telle proposition suppose que les tribunaux sont disposés à accepter une déclaration

individual. Beyond the obvious concerns of threatening individuals' liberty or reducing sentencing based on documents that are deemed to be at least partially unreliable or untrue, this creates an arbitrary distinction about which aspects of a guilty plea are accepted for their truth.

[113] Certainly an argument could be made that the reliability of a guilty plea rests on the admission against the interests of the accused. However, as I have stated above, what constitutes a statement against the interests of the accused may vary from case to case depending on the circumstances. Indeed, an individual may place his safety or even his life in jeopardy by implicating himself in a serious crime. This factor should be considered on the circumstances of each case. A rigid rule finding that all third-party guilty pleas are unreliable is potentially detrimental to the truth-finding function of the judicial process.

[114] Further, accepting that only the essential elements of a guilty plea need to be accepted for their truth ignores the interrelated nature of a guilty plea and sentencing. Factors that do not form part of the essential elements of a crime may nonetheless prove to be pertinent when considering mitigating or aggravating factors in sentencing. This is particularly true where the trial judge is presented with a joint submission by the Crown and the accused concerning sentencing and must determine whether the recommendation is appropriate within the entire context of the crime in question.

[115] Looking at the case before this Court, the three crucial facts from the ASF which the Crown relies on are certainly not essential elements of D.S.'s crime. The source of the gun, D.S.'s reasons

qui n'est vraie qu'en partie, dans la mesure où elle leur fournit les éléments nécessaires pour pouvoir condamner un individu. Outre les préoccupations évidentes concernant l'atteinte à la liberté des personnes ou la réduction des peines sur la base de documents qui sont réputés, à tout le moins en partie, peu fiables ou inexacts, cette proposition, si elle était acceptée, créerait une distinction arbitraire quant aux aspects d'un plaidoyer de culpabilité qui sont admis comme preuve de leur véracité.

[113] Certes, on pourrait prétendre que la fiabilité d'un plaidoyer de culpabilité dépend des admissions qu'a faites l'accusé à l'encontre de ses propres intérêts. Toutefois, comme je l'ai déjà affirmé, la nature d'une déclaration défavorable aux intérêts de l'accusé peut varier d'un cas à l'autre, selon les circonstances. D'ailleurs, un individu peut mettre en péril sa sécurité ou même sa vie en s'incriminant relativement à un crime grave. Ce facteur doit être examiné en fonction des circonstances de chaque affaire. Une règle rigide selon laquelle tous les plaidoyers de culpabilité enregistrés lors de procès de tiers ne sont pas fiables risquerait de nuire à l'objectif de recherche de la vérité poursuivi par les tribunaux.

[114] En outre, accepter qu'il soit nécessaire d'admettre uniquement les éléments essentiels d'un plaidoyer de culpabilité comme preuve de la véracité de leur contenu fait fi des liens indissociables qui unissent ce plaidoyer et la détermination de la peine. Les facteurs qui ne font pas partie des éléments essentiels d'un crime peuvent néanmoins s'avérer pertinents lorsqu'on examine les circonstances atténuantes et les circonstances aggravantes au moment de la détermination de la peine. Cela est particulièrement vrai lorsque le ministère public et l'avocat de l'accusé soumettent des observations conjointes au juge du procès au sujet de la peine à infliger et que le juge est appelé à déterminer si la peine recommandée est appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances du crime en question.

[115] S'agissant de l'affaire dont la Cour est saisie, les trois faits principaux qui se dégagent de l'exposé conjoint des faits et sur lesquels se fonde le ministère public ne sont certainement pas des

for shooting Freake, and the manner in which the gun was disposed of do not form part of the *actus reus* or *mens rea* relating to D.S.'s crime. Nonetheless, these factors are relevant to motive and the degree of planning and deliberation, all of which are properly considered during sentencing. Allowing a judge to consider these factors in sentencing, while finding that they are not sufficiently reliable to even be weighed by the trier of fact in another case, allows for an inconsistent application of the reliability of evidence and brings the administration of justice into question.

[116] In summary, when dealing with threshold reliability, the fact that courts accept the statements read in on a guilty plea when considering convictions and sentencing is a factor that points to the reliability of the prior inconsistent statement, even when such statement implicates a third party. It would not be prudent to make blanket conclusions about the dangers associated with this sort of statement, nor about its inherent reliability. Each case will have to be examined on its particular circumstances when determining threshold reliability, but consideration should certainly be given to the general acceptance of and reliance on statements read in as part of a guilty plea.

[117] While the nature of the statement in question warrants consideration, it is still necessary in the instant case to determine whether the ASF meets the requirements of necessity and reliability under the principled approach. Since necessity is not at issue, the balance of my analysis will explore whether the threshold of reliability is met.

éléments essentiels du crime commis par D.S. En effet, la provenance du pistolet, les raisons pour lesquelles D.S. a abattu M. Freake et la façon dont il s'est débarrassé du pistolet ne sont des éléments constitutifs ni de l'*actus reus* ni de la *mens rea* du crime qu'il a commis. Ces facteurs sont toutefois pertinents quant aux motivations de l'auteur du crime et quant au degré de planification et de réflexion — tous des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer la peine. Permettre au juge de prendre ces facteurs en compte lors de la détermination de la peine tout en estimant qu'ils ne sont pas suffisamment fiables pour que le juge des faits les prenne même en considération dans une autre affaire conduirait à une application incohérente de la fiabilité de la preuve et soulèverait des doutes au sujet de l'administration de la justice.

[116] En résumé, en ce qui concerne le seuil de fiabilité, le fait que les tribunaux acceptent les déclarations qui sont lues à l'occasion du plaidoyer de culpabilité lorsqu'il s'agit de déclarer l'accusé coupable et de déterminer sa peine est un facteur qui milite en faveur de la fiabilité des déclarations incompatibles antérieures, même lorsque ces déclarations impliquent un tiers. Il ne serait pas prudent de tirer des conclusions générales au sujet des dangers que comporte ce genre de déclarations ou de leur fiabilité intrinsèque. Chaque cas devrait être examiné en fonction de ses circonstances propres lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil de fiabilité; on devrait toutefois tenir compte du fait que, dans l'ensemble, les tribunaux acceptent les déclarations qui sont lues à l'occasion de plaidoyers de culpabilité et s'y fient.

[117] Bien qu'il soit justifié de se pencher sur la nature de la déclaration en question, il est quand même nécessaire, dans le cas qui nous occupe, de décider si l'exposé conjoint des faits satisfait aux exigences de la nécessité et de la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée. Comme la nécessité n'est pas en cause, le reste de mon analyse portera sur la question de savoir s'il a été satisfait au critère de fiabilité.

(2) Reliability

[118] The essential question before this Court is whether the trial judge erred in finding that the ASF was not sufficiently reliable to be admitted for its truth. For the reasons that follow, I agree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal that the trial judge failed to adequately assess the available indicia of reliability and erroneously found the opportunity to cross-examine D.S. to be illusory. While the ASF may in fact prove to be too unreliable to be admitted, the trial judge's analysis was insufficient to permit him to come to that conclusion. As highlighted by Charron J. in *Khelawon*, the most important contextual factor in the reliability inquiry is the availability of the declarant for cross-examination. Accordingly, my analysis will begin there.

(a) *Cross-Examination*

[119] The opportunity to cross-examine the declarant in relation to his prior inconsistent statement warrants strong consideration in a reliability analysis. While the concerns of hearsay evidence still exist even where the declarant is available at trial, cross-examination can go a long way towards alleviating those concerns. As Lamer C.J. noted in *B. (K.G.)*, "the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial" (p. 787). The availability of cross-examination allows the opposing party to test the current version and simultaneously address the declarant's initial statement. As Charron J. states in *Khelawon*, at para. 41:

Hence, although the underlying rationale for the general exclusionary rule may not be as obvious when the declarant is available to testify, it is the same — the difficulty of testing the reliability of the out-of-court statement. The difficulty of assessing W's out-of-court statement is the reason why it falls within the definition

(2) Fiabilité

[118] La question essentielle soumise à la Cour est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'exposé conjoint des faits n'était pas suffisamment fiable pour être admis en preuve en vue de prouver la véracité de son contenu. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle le juge du procès n'a pas bien apprécié les indices de fiabilité qui existaient en l'espèce et que c'est à tort qu'il a estimé que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire. Bien que l'exposé conjoint des faits puisse en fin de compte s'avérer trop peu fiable pour être admis en preuve, l'appréciation du juge des faits n'était pas suffisante pour qu'il puisse tirer pareille conclusion. Ainsi que la juge Charron l'a souligné dans *Khelawon*, le facteur contextuel le plus important dans le cadre de l'analyse de la fiabilité est la possibilité de contre-interroger le déclarant. C'est donc par là que je vais commencer mon analyse.

a) *Contre-interrogatoire*

[119] La possibilité de contre-interroger l'auteur d'une déclaration antérieure incompatible nécessite un examen sérieux dans le cadre de l'analyse de la fiabilité. Bien que les préoccupations que soulève la preuve par oui-dire existent encore, même lorsque le déclarant est présent au procès, la possibilité de le contre-interroger contribue largement à apaiser ces préoccupations. Ainsi que le juge en chef Lamer l'a fait observer dans *B. (K.G.)*, « dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès » (p. 787). La possibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration permet à la partie adverse de vérifier sa version la plus récente, tout en la confrontant à sa déclaration initiale. Comme l'a expliqué la juge Charron dans *Khelawon* (par. 41) :

Ainsi, bien qu'il se puisse que la raison d'être de la règle d'exclusion générale ne soit pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle reste la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. La difficulté d'apprécier la déclaration extrajudiciaire de W explique pourquoi elle

of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. As one may readily appreciate, however, the degree of difficulty may be substantially alleviated in cases where the declarant is available for cross-examination on the earlier statement, particularly where an accurate record of the statement can be tendered in evidence. I will come back to that point later. My point here is simply to explain why, by definition, hearsay extends to out-of-court statements tendered for their truth even when the declarant is before the court. [Emphasis added.]

[120] The issue before this Court is whether D.S.'s assertion of solicitor-client privilege led to the opportunity for cross-examination becoming so illusory that it could not be used to establish reliability. For the reasons that follow, I agree with the Ontario Court of Appeal's finding that the trial judge erred in finding the opportunity for cross-examination to be illusory.

[121] The first error committed by the trial judge was to overextend the breadth of solicitor-client privilege and its impact on the ability to cross-examine D.S. The trial judge found that solicitor-client privilege precluded questioning D.S. and his former counsel about the circumstances of the guilty plea, the drafting of the ASF, and D.S.'s implication of Youvarajah as the person who provided him the gun and directed him to do the shooting. While I am loath to provide a road map for the Crown to follow at a new trial, the Ontario Court of Appeal was correct in finding that the opportunity to cross-examine D.S. was not entirely closed and that the trial judge misapprehended the scope and impact of solicitor-client privilege on the opportunity for cross-examination.

[122] Solicitor-client privilege is intended to prohibit the disclosure of any form of communication made in confidence between a lawyer and his client for the legitimate purpose of obtaining lawful

est visée par la définition du oui-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale. Toutefois, on le comprendra aisément, la difficulté peut être atténuée substantiellement lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, en particulier lorsqu'il est possible de déposer en preuve un compte rendu exact de la déclaration. Je reviendrai sur cette question plus loin. Je ne tiens ici qu'à expliquer pourquoi, par définition, le oui-dire englobe les déclarations extrajudiciaires présentées pour établir la véracité de leur contenu, et ce, même lorsque le déclarant est devant le tribunal. [Je souligne.]

[120] La question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si le fait que D.S. a invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat a rendu le contre-interrogatoire tellement illusoire qu'il ne pouvait contribuer à établir la fiabilité de sa déclaration antérieure. Pour les motifs qui suivent, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario suivant laquelle le juge du procès a commis une erreur en concluant que la possibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration était illusoire.

[121] La première erreur commise par le juge du procès a été d'exagérer l'étendue du privilège du secret professionnel de l'avocat ainsi que les répercussions qu'a eues, sur la possibilité de le contre-interroger, le fait pour D.S. de l'invoquer. En effet, le juge du procès a estimé que le privilège du secret professionnel de l'avocat empêchait d'interroger D.S. et son ancien avocat au sujet des circonstances dans lesquelles le plaidoyer de culpabilité avait été enregistré, de celles dans lesquelles l'exposé conjoint des faits avait été rédigé et de la façon dont D.S. impliquait M. Youvarajah comme étant la personne qui lui avait remis le pistolet et lui avait ordonné de faire feu. Bien que j'hésite à donner au ministère public des consignes sur la façon d'agir lors d'un nouveau procès, j'estime que la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de conclure que la possibilité de contre-interroger D.S. n'était pas entièrement perdue et que le juge du procès a mal compris tant la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat que ses répercussions sur la possibilité de contre-interroger D.S.

[122] Le secret professionnel de l'avocat vise à interdire la divulgation de toute communication échangée entre un avocat et un client — voulue confidentielle par ce dernier et faite dans le but légitime

professional advice or assistance, unless the privilege is waived by the client or a recognized exception to the privilege applies. This definition is captured succinctly by J. H. Wigmore in *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at p. 554, and adopted by this Court in *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 36:

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.

[123] This definition does not encompass all communications between a lawyer and his client. More importantly to the admissibility inquiry in this case, solicitor-client privilege does not foreclose cross-examining D.S. in relation to a number of areas concerning the ASF. Specifically, the Ontario Court of Appeal identified six areas about which D.S. could have been cross-examined, had the trial judge not misunderstood the scope of solicitor-client privilege:

- (1) D.S.'s understanding of the ASF;
- (2) D.S.'s understanding of any conditions that were attached to the plea deal;
- (3) D.S.'s understanding of the consequences of misleading the police, the court and the Crown;
- (4) D.S.'s motive for making what he now asserts were false statements;
- (5) D.S.'s instructions to counsel regarding communications to the court and the Crown; and
- (6) D.S.'s knowledge of the Crown's theory at the time he provided counsel with instructions.

d'obtenir de l'aide ou des conseils professionnels licites — sauf si le client renonce à cette protection ou qu'une exception reconnue s'applique. J. H. Wigmore résume bien cette définition dans le passage suivant de son ouvrage *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 554, que la Cour a repris dans *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 36 :

[TRADUCTION] Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

[123] Cette définition n'englobe pas toutes les communications échangées entre l'avocat et son client. Mais, fait encore plus important pour ce qui est de l'analyse de l'admissibilité dans le cas qui nous occupe, le privilège du secret professionnel de l'avocat n'empêchait pas de contre-interroger D.S. sur plusieurs des aspects de l'exposé conjoint des faits. Plus précisément, la Cour d'appel de l'Ontario a relevé les six aspects suivants au sujet desquels D.S. aurait pu être contre-interrogé si le juge du procès n'avait pas mal interprété la portée du privilège en cause :

- (1) La compréhension qu'avait D.S. de l'exposé conjoint des faits;
- (2) La compréhension qu'avait D.S. des conditions dont était assortie l'entente conclue quant au plaidoyer;
- (3) La compréhension qu'avait D.S. des conséquences du fait d'induire la police, le tribunal et le ministère public en erreur;
- (4) L'intérêt qu'avait D.S. à faire ce qu'il affirme maintenant être de fausses déclarations;
- (5) Les directives données par D.S. à son avocat au sujet des communications faites au tribunal et au ministère public;
- (6) La connaissance qu'avait D.S. de la thèse du ministère public au moment où il a donné ses instructions à son avocat.

[124] Admittedly, these six areas of potentially permissible lines of questioning could eventually be curtailed by issues of solicitor-client privilege. However, that is an issue for the trial judge to address as those possible issues arise. In any event, there is certainly the possibility of cross-examination in relation to these six areas. Indeed, both defence counsel and Crown counsel cross-examined D.S. on some of these very issues, eliciting information that could have been relevant in the reliability assessment.

[125] The Crown elicited evidence from D.S. regarding his understanding of the ASF. Specifically, D.S. acknowledged that at his guilty plea he agreed that “Yousanthan Youvarajah gave [D.S.] a loaded small black handgun” and that he understood what that meant. Further, the Crown read the following statement to D.S. from the ASF: “When he was given the gun, [D.S.] was told by Yousanthan Youvarajah to shoot Mr. Freake sometime during the course of the drug rip off” (A.R., vol. V, at pp. 62-63). During the Crown’s cross-examination, D.S. admitted that he remembered the statement being read at his guilty plea and that he agreed to those facts through his counsel.

[126] Similarly, defence counsel was able to elicit substantial information regarding the motive behind D.S.’s guilty plea and the ASF. Specifically, during defence counsel’s cross-examination, D.S. conceded that a factor in his decision to plead guilty was his impression that he would not have to provide further statements. He also agreed to defence counsel’s assertion that D.S. signed an ASF that he knew contained false information to “get to the end game that day which was pleading to second degree murder” (A.R., vol. III, at p. 92). Defence counsel was also able to elicit D.S.’s assertions that

[124] Il est vrai que le privilège du secret professionnel de l’avocat pouvait éventuellement être invoqué pour réduire l’éventail des questions relatives à ces six sujets. Il s’agit toutefois là d’une question qu’il revenait au juge du procès de régler au fur et à mesure que ces obstacles se présentaient. En tout état de cause, il était certainement possible de contre-interroger D.S. relativement à ces six sujets. D’ailleurs, tant l’avocat de la défense que celui du ministère public ont contre-interrogé D.S. sur certaines de ces questions précises et ont recueilli des renseignements qui auraient pu être pertinents pour apprécier la fiabilité de sa déclaration antérieure.

[125] Le ministère public a obtenu de D.S. des éléments de preuve au sujet de sa compréhension de l’exposé conjoint des faits. Plus précisément, D.S. a reconnu que, lorsqu’il avait plaidé coupable, il avait convenu que [TRADUCTION] « Yousanthan Youvarajah [lui] a[vait] remis [. . .] un petit pistolet noir chargé » et qu’il comprenait ce que cela voulait dire. De plus, le ministère public a lu à D.S. la déclaration suivante tirée de l’exposé conjoint des faits : « Après lui avoir remis le pistolet, Yousanthan Youvarajah a dit à [D.S.] d’abattre M. Freake à un certain moment au cours de la transaction de drogue » (d.a., vol. V, p. 62-63). Contre-interrogé par le ministère public, D.S. a admis qu’il se souvenait que cette déclaration avait été lue à l’occasion de son plaidoyer de culpabilité et qu’il avait admis ces faits par l’entremise de son avocat.

[126] De même, l’avocat de la défense a été en mesure d’obtenir des renseignements importants au sujet des raisons qui avaient motivé D.S. à plaider coupable et à accepter l’exposé conjoint des faits. Plus précisément, contre-interrogé par l’avocat de la défense, D.S. a admis qu’il avait été incité à plaider coupable notamment parce qu’il avait l’impression qu’il n’aurait plus à faire d’autres déclarations. Il s’est également dit d’accord avec l’assertion de l’avocat de la défense suivant laquelle il avait signé un exposé conjoint des faits sachant qu’il contenait de faux renseignements [TRADUCTION] « pour en

he had never implicated Youvarajah in the killing until his guilty plea on September 17, 2009.

[127] These examples are merely illustrative of the information that was potentially available on cross-examination without breaching D.S.'s asserted solicitor-client privilege. Had the trial judge permitted the cross-examination to proceed and addressed issues involving solicitor-client privilege as they arose, information sufficient to meet the threshold reliability standard may have been brought forward.

[128] The appellant claims that any cross-examination on the six aforementioned areas would either skirt the critical issues or be entirely blocked by solicitor-client privilege. I cannot agree with this position. The appellant's position presupposes that D.S.'s recantation arose from direct or indirect communications with counsel. While this is certainly possible, and maybe even likely, an admissibility inquiry should not rest on assumptions. Further, and as I have already alluded to, limits on cross-examination should not be applied rigidly and absolutely where solicitor-client privilege is asserted. Rather, issues of privilege should be addressed as they arise on cross-examination. This way, relevant information that may not be prohibited by the assertion of privilege may still be elicited, furthering the underlying truth-seeking function of the proceedings.

[129] While the issue is not before this Court, it bears mentioning that this approach is not an invitation for counsel to attempt to skirt privilege by inducing the waiver of privilege by an unsuspecting witness who has clearly asserted

finir avec toute cette histoire ce jour-là en plaçant coupable de meurtre au deuxième degré » (d.a., vol. III, p. 92). L'avocat de la défense a également été en mesure de faire dire à D.S. qu'il n'avait jamais impliqué M. Youvarajah dans le meurtre jusqu'à ce qu'il plaide coupable le 17 septembre 2009.

[127] Ces exemples ne font qu'illustrer le type de renseignements que l'on pouvait obtenir en contre-interrogatoire sans violer le secret professionnel de l'avocat revendiqué par D.S. Si le juge du procès avait autorisé le contre-interrogatoire et s'il avait tranché les questions de privilège du secret professionnel de l'avocat au fur et à mesure qu'elles se seraient présentées, on aurait peut-être pu mettre en lumière des renseignements suffisants pour qu'il soit satisfait au critère de fiabilité.

[128] L'appelant prétend que tout contre-interrogatoire sur les six sujets mentionnés précédemment éluderait les questions critiques ou serait entièrement restreint par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Je ne suis pas de cet avis. L'argument de l'appelant presuppose que la rétractation de D.S. découle de communications directes ou indirectes avec son avocat. Bien que cette hypothèse ne puisse certainement pas être écartée et qu'elle soit même probable, l'analyse de l'admissibilité ne saurait reposer sur des hypothèses. De plus, et comme j'y ai déjà fait allusion, on ne devrait pas appliquer de façon rigide et absolue des limites au contre-interrogatoire lorsque le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué. Les questions de privilège doivent plutôt être abordées au fur et à mesure qu'elles sont soulevées lors du contre-interrogatoire. De cette manière, on peut quand même recueillir des renseignements pertinents dont le privilège du secret professionnel de l'avocat ne peut empêcher la communication, favorisant ainsi la recherche de la vérité qui est à la base de tout procès.

[129] Bien que la question n'ait pas été soumise à la Cour, il vaut la peine de mentionner que cette approche ne se veut pas une invitation lancée aux avocats de chercher à esquiver le privilège en amenant un témoin, qui ne se doute de rien et qui a de

solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege is a fundamental principle of the Canadian legal system. Any conduct that unscrupulously attempts to erode solicitor-client privilege should not be encouraged. While solicitor-client privilege is not absolute and circumstances may arise where it will be subordinated, duping a witness into waiving privilege is never an acceptable practice.

[130] Given that there were several subjects about which D.S. could have been cross-examined and that this could have potentially assisted in establishing reliability, the trial judge erred in determining that cross-examination was effectively foreclosed by the claim of solicitor-client privilege.

[131] The appellant argues that the mistaken view of the scope of solicitor-client privilege rested solely on the shoulders of Crown counsel and that the trial judge cannot be held accountable for the tactical decisions made by counsel. I cannot agree with this argument, given the facts before this Court. Crown counsel certainly misunderstood the implications of D.S.'s asserted privilege, but the transcripts provide clear indication that the mistake was shared. Indeed, defence counsel was the first to state that any cross-examination was meaningfully foreclosed once D.S. asserted privilege, a position that, coincidentally or not, was advantageous to the accused's case. Crown counsel seemingly concurred by indicating that he did not anticipate calling further witnesses after the privilege was asserted. The trial judge did not correct these erroneous assumptions. Rather, as Simmons J.A. correctly notes, "the trial judge put his stamp of approval on this approach — and effectively prevented the Crown from reconsidering calling D.S.'s counsel" (para. 95). This is evident from the following exchange:

toute évidence invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat, à renoncer à ce privilège. Le secret professionnel de l'avocat est un élément fondamental du système juridique canadien et toute tentative éhontée visant à éroder le privilège du secret professionnel de l'avocat ne doit pas être encouragée. Bien que ce privilège ne soit pas absolu et qu'il existe des circonstances dans lesquelles il sera subordonné à d'autres droits, on ne doit pas encourager les manœuvres visant à tromper un témoin de manière à l'inciter à y renoncer.

[130] Comme D.S. aurait pu être contre-interrogé sur plusieurs sujets et que cela aurait pu aider à juger de la fiabilité de l'exposé conjoint des faits, le juge du procès a commis une erreur en concluant que D.S. ne pouvait pas être contre-interrogé au motif qu'il avait invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[131] L'appelant soutient que cette conception erronée de la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat est uniquement imputable à l'avocat du ministère public et que l'on ne peut tenir le juge du procès responsable des décisions stratégiques des avocats. Compte tenu des faits portés à la connaissance de la Cour, je ne puis souscrire à cet argument. L'avocat du ministère public a certainement mal saisi les conséquences du privilège revendiqué par D.S., mais la transcription nous donne des indices nous permettant clairement de penser qu'il n'a pas été le seul à commettre cette erreur. En effet, c'est l'avocat de la défense qui a lancé l'idée selon laquelle dès que D.S. a invoqué le privilège, le contre-interroger était exclu, un argument qui, que ce soit par hasard ou non, était favorable à la cause de l'accusé. L'avocat du ministère public a apparemment souscrit à ce point de vue en expliquant qu'il ne prévoyait pas assigner d'autres témoins puisque le privilège avait été invoqué. Le juge du procès n'a pas rectifié ces postulats erronés. Pour sa part, la juge Simmons de la Cour d'appel a fait observer à juste titre que : [TRADUCTION] « le juge du procès s'est contenté d'entériner cette façon de voir et a effectivement empêché le ministère public de réexaminer la possibilité de rappeler l'avocat de D.S. » (par. 95), comme le démontre à l'évidence l'échange suivant :

[CROWN COUNSEL]: And I don't anticipate even now given the comments of Mr. Marentette I don't anticipate needing to call further witnesses.

THE COURT: Well, no legal witnesses that have ever spoken to this man anyway.

[CROWN COUNSEL]: Right.

THE COURT: Right. I mean, we're going to take Mr. Marentette's word as the final word on that.

[CROWN COUNSEL]: Right. [A.R., vol. II, at p. 132]

[132] The trial judge's misapprehensions were also evident when he stated: "Well, you bump into the solicitor/client . . . privilege every which way here" (A.R., vol. III, at p. 1). Perhaps most telling was the following excerpt from the trial judge's reasons where he summarized the impact of solicitor-client privilege without having heard any argument on the matter:

Solicitor/client privilege precluded questions to or from [D.S.] or indeed of his counsel about how it came to be that this confession from [D.S.] as the shooter and his implication of the accused as the person who provided him with the gun and directed him to do the shooting was made on the day of his guilty plea almost two years after his arrest when he had never confessed or implicated Yousanthan Youvarajah in all that time. [A.R., vol. I, at p. 59]

[133] The appellant is correct in asserting that a judge must remain an impartial arbiter and refrain from intervening where parties do not properly raise evidentiary issues (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at para. 36). However, it cannot be said that the trial judge in the present case remained impartial by weighing in with a clear expression of prohibition. The appellant's argument would be more compelling had the trial judge remained silent on the matter and merely allowed Crown counsel to proceed, but this was clearly not

[TRADUCTION]

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Et je n'envisage toujours pas, compte tenu des commentaires de M^e Marentette, je ne pense pas avoir besoin de citer d'autres témoins.

LA COUR : Aucun témoin juriste ayant déjà parlé à cet homme en tout cas.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien.

LA COUR : Bien, je voulais dire que M^e Marentette a le dernier mot à cet égard.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien. [d.a., vol. II, p. 132]

[132] Les erreurs du juge du procès ressortent aussi à l'évidence du commentaire suivant qu'il a formulé : [TRADUCTION] « Et bien, on tombe sur le privilège du secret professionnel de l'avocat [. . .] à tout bout de champ dans ce dossier » (d.a., vol. III, p. 1). Cela dit, le passage peut-être le plus révélateur est l'extrait suivant de ses motifs dans lequel le juge du procès a résumé les conséquences du privilège du secret professionnel de l'avocat sans avoir entendu le moindre argument sur la question :

[TRADUCTION] Le privilège du secret professionnel de l'avocat interdisait de poser des questions à [D.S.] ou, évidemment, à son avocat, à propos de la raison pour laquelle la confession dans laquelle [D.S.] s'identifiait comme étant le tireur et impliquait l'accusé comme étant la personne lui ayant fourni l'arme et ordonné de tirer a été faite la même journée que son plaidoyer de culpabilité près de deux ans après son arrestation, alors qu'il n'avait jamais avoué ou impliqué Yousanthan Youvarajah. [d.a., vol. I, p. 59]

[133] L'appelant a raison d'affirmer qu'un juge doit demeurer l'arbitre impartial du procès et s'abstenir d'intervenir lorsque les parties ne soulèvent pas de questions se rapportant à la preuve (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36). On ne saurait toutefois dire que le juge du procès, en l'espèce, est demeuré impartial en intervenant et en exprimant aussi clairement l'interdiction. L'argument de l'appelant serait plus convaincant si le juge du procès était resté muet sur la question et avait simplement permis à l'avocat du ministère

the case. At the very least, the trial judge's remarks improperly influenced the conduct of counsel.

[134] While the appellant did not present the argument before this Court that the instant case was analogous to the situation in *Conway*, a brief discussion of that case is warranted to support the conclusion that the opportunity to cross-examine D.S. was not illusory.

[135] In *Conway*, two men were charged with the second degree murder of an elderly disabled man while committing a robbery. They pleaded not guilty to murder charges but guilty to the lesser charge of manslaughter on the grounds that they did not have the requisite *mens rea*, having ingested intoxicating substances prior to committing the offence. One witness provided a written statement to the police denying knowledge of the killing and provided a subsequent written statement implicating the accused. This statement had none of the indicia of reliability outlined in *B. (K.G.)*. At trial, the witness could not recall providing either written statement to police. In finding the second written statement inadmissible for its truth, Labrosse J.A. found that the opportunity to cross-examine a witness who recanted and denied all recollection of the prior inconsistent statement was illusory.

[136] The important distinction to be made between that matter and the present one is that two versions of the witness's story could not be said to be before the trier of fact. The evidence given by the witness amounted to a declaration of "I don't remember" (p. 589). As Labrosse J.A. stresses, the value of cross-examining a recanting witness lies in assessing the comparative reliability of the two versions. Where both versions cannot be tested by the trier of fact, this cannot be accomplished.

public d'aller de l'avant. De toute évidence, ce n'est toutefois pas ce qui s'est passé. À tout le moins, les remarques du juge du procès ont influencé de façon irrégulière la conduite des avocats.

[134] Bien que l'appellant n'ait pas avancé devant la Cour l'argument selon lequel la présente affaire était analogue à la situation dans *Conway*, il convient de s'arrêter brièvement sur cet arrêt pour étayer la conclusion selon laquelle il n'était pas illusoire de contre-interroger D.S.

[135] Dans l'affaire *Conway*, deux hommes avaient été accusés du meurtre au deuxième degré d'un homme âgé handicapé au cours d'un vol qualifié. Ils avaient plaidé non coupables aux accusations de meurtre, mais coupables à l'accusation moindre d'homicide involontaire coupable. En effet, ils soutenaient ne pas avoir eu la *mens rea* requise puisqu'ils avaient ingéré des substances intoxicantes avant de perpétrer l'infraction. Un des témoins avait fait une déclaration écrite à la police dans laquelle il niait être au courant du meurtre et avait par la suite fait une déclaration écrite dans laquelle il impliquait les accusés. Cette déclaration ne comportait aucun des indices de fiabilité énoncés dans *B. (K.G.)*. Au procès, le témoin ne se rappelait pas avoir fait ces déclarations écrites à la police. Pour conclure que la seconde déclaration écrite ne pouvait pas être admise en preuve pour établir la véracité de son contenu, le juge Labrosse a conclu que la possibilité de contre-interroger un témoin qui s'était rétracté et qui affirmait n'avoir aucun souvenir de sa déclaration antérieure incompatible était illusoire.

[136] Il convient d'établir une distinction importante entre cette affaire et celle qui nous occupe. En effet, dans l'affaire *Conway*, on ne peut affirmer que les deux versions du témoin avaient été soumises au juge des faits. La déposition de ce témoin revenait à déclarer : [TRADUCTION] « je ne m'en souviens pas » (p. 589). Or, comme le juge Labrosse l'a souligné, la valeur du contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte réside dans l'évaluation de la fiabilité comparative des deux versions. Lorsque les deux versions ne peuvent être vérifiées par le juge des faits, on ne peut procéder à cette comparaison.

[137] In the instant case, the potential cross-examination of D.S. as to his statements does not suffer from the same deficiency as that encountered in *Conway*. Simmons J.A. correctly states that while D.S. initially claimed not to recall signing the ASF, he later confirmed that he remembered a number of events set out within the document. Indeed, Simmons J.A. astutely points out, at para. 74, that the trial judge acknowledged this very fact when he stated: “When cross-examined by the Crown, [D.S.] admitted making many of the statements in the [ASF] and conceded that many of those statements were true” (A.R., vol. I, at pp. 49-50).

[138] So while it is possible for a recanting witness’s cross-examination to prove too illusory to ground a reliability analysis, this may not be the situation in the present case. D.S. was available for cross-examination, he recalled having made many of the statements within the ASF, he did not dispute understanding the key facts in the ASF which he subsequently denied at Youvarajah’s trial, and he recalled the ASF being read in at his guilty plea proceeding. As a result, Simmons J.A. correctly summarized that the trial judge erred by failing to assess “whether it could properly be said that two versions of the events were before the court; and whether the extent of D.S.’s recollection would afford sufficient scope to assist the jury in assessing which, if either, version was true” (para. 79).

[139] Accordingly, the trial judge erred in precluding a cross-examination which possibly could have gone towards establishing the threshold reliability of the ASF. Given the importance of cross-examination in the admissibility inquiry, this error is sufficient in and of itself to order a new trial. However, in the interest of completeness and of providing guidance for the new trial, I will briefly

[137] Dans le cas qui nous occupe, le contre-interrogatoire potentiel de D.S. quant à ses déclarations ne souffre pas des mêmes lacunes que celles qui avaient été signalées dans l’affaire *Conway*. La juge Simmons a affirmé à juste titre que, bien que D.S. eût tout d’abord prétendu ne pas se souvenir d’avoir signé l’exposé conjoint des faits, il avait par la suite confirmé qu’il se souvenait de certains des faits relatés dans ce document. D’ailleurs, la juge Simmons de la Cour d’appel a judicieusement souligné, au par. 74, que le juge du procès avait reconnu ce fait précis en déclarant que [TRADUCTION] « [l]orsqu’il a été contre-interrogé par le ministère public, [D.S.] a admis avoir fait bon nombre des déclarations contenues dans l’exposé conjoint des faits et a admis que beaucoup d’entre elles étaient vraies » (d.a., vol. I, p. 49-50).

[138] Ainsi, bien qu’il soit possible que le contre-interrogatoire du témoin qui se rétracte s’avère trop illusoire pour qu’on puisse procéder à une analyse de la fiabilité, ce n’était pas nécessairement le cas en l’espèce. D.S. était disponible pour être contre-interrogé, il se souvenait d’avoir fait plusieurs des déclarations contenues dans l’exposé conjoint des faits, ne prétendait pas ne pas comprendre les faits essentiels de l’exposé conjoint des faits qu’il avait par la suite niés au procès de M. Youvarajah et se souvenait que l’exposé conjoint des faits avait été lu lors de l’audience durant laquelle il avait plaidé coupable. En conséquence, c’est à juste titre que la juge Simmons a conclu à une erreur du juge du procès du fait qu’il n’a pas vérifié [TRADUCTION] « si l’on pouvait, à bon droit, dire que les deux versions des faits avaient été soumises au tribunal et si D.S. se souvenait suffisamment des faits pour permettre au jury de déterminer laquelle des deux versions était véridique, le cas échéant » (par. 79).

[139] En conséquence, le juge du procès a commis une erreur en empêchant la tenue d’un contre-interrogatoire qui aurait pu contribuer à établir le degré de fiabilité de l’exposé conjoint des faits. Compte tenu de l’importance du contre-interrogatoire dans le cadre de l’analyse de l’admissibilité, cette erreur suffit à elle seule à justifier la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, par souci

address the errors of the trial judge with regard to other indicia of reliability.

(b) *Other Indicia of Reliability*

[140] The two other indicia of reliability detailed in *B. (K.G.)*, namely a statement made under oath and captured by video, were not present in the context of the ASF in this matter. However, the inquiry does not end there. A reliability analysis is not restricted to the three indicia detailed in *B. (K.G.)*. In fact, as stated by Lamer C.J. in *B. (K.G.)* itself, “other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible” (p. 796). This was clearly understood by the Ontario Court of Appeal in this case where Simmons J.A. stated that “the focus of the threshold reliability inquiry can change depending on the circumstances of the case” (para. 123). I also agree with the Ontario Court of Appeal’s finding that other factors were available in this case that could have satisfied the trial judge that the circumstances surrounding the drafting and reading in of the ASF provided assurances of reliability equivalent to an oath and presence, in the form of video. If these indicia had been considered and cross-examination had been permitted, it is possible that threshold reliability would have been met.

[141] In the instant case, perhaps the most persuasive indicia of reliability are the nature of the statement and how it was constructed. As quoted above, in *Khelawon*, at para. 41, Charron J. indicated that where the declarant is available for cross-examination, an accurate record of the statement can do much to alleviate the dangers of hearsay.

[142] The ASF tendered as evidence in D.S.’s guilty plea proceeding provides just such a record. Having been reduced to writing, signed not only by D.S. but by both Crown and defence counsel, and

d’exhaustivité et pour proposer certaines balises pour la tenue d’un nouveau procès, je vais brièvement examiner les erreurs commises par le juge du procès au sujet des autres indices de fiabilité.

b) *Autres indices de fiabilité*

[140] Les deux autres indices de fiabilité énoncés par *B. (K.G.)* — à savoir l’existence d’une déclaration faite sous serment et son enregistrement sur bande vidéo — n’existaient pas dans le cas de l’exposé conjoint des faits en l’espèce. L’analyse ne se termine toutefois pas là. En effet, l’analyse de la fiabilité ne se limite pas aux trois indices prévus dans *B. (K.G.)*. En fait, comme l’a affirmé le juge en chef Lamer dans cette affaire : « d’autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond » (p. 796). La Cour d’appel de l’Ontario a bien saisi cette nuance dans le cas qui nous occupe puisque la juge Simmons a déclaré que [TRADUCTION] « le point de mire de l’analyse du seuil de fiabilité peut changer selon les circonstances de l’espèce » (par. 123). Je suis également d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel de l’Ontario suivant laquelle il existait, en l’espèce, d’autres facteurs qui auraient pu convaincre le juge du procès que les circonstances entourant la rédaction de l’exposé conjoint des faits et sa lecture à l’occasion du plaidoyer fournissaient des assurances de fiabilité équivalentes à un serment et à un enregistrement vidéo. Si ces indices avaient été examinés et que le contre-interrogatoire avait été autorisé, il aurait pu être satisfait au critère de fiabilité.

[141] Dans le cas qui nous occupe, c’est la nature de la déclaration et la façon dont elle a été élaborée qui constituent sans doute les indices de fiabilité les plus convaincants. Dans l’extrait déjà cité du par. 41 de *Khelawon*, la juge Charron a expliqué que, lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, un compte rendu exact de sa déclaration contribue grandement à atténuer les dangers du ouï-dire.

[142] L’exposé conjoint des faits déposé en preuve durant l’audience où D.S. a enregistré son plaidoyer de culpabilité constitue précisément un compte rendu de ce type. Comme il a été consigné par écrit,

having been read in to the record in the context of D.S.'s guilty plea, the source of the document cannot be disputed.

[143] The nature of how the ASF was constructed further supports its reliability. This was not a statement that was unilaterally drafted and forced upon D.S. to adopt. Rather, the drafting of the ASF was a collaborative effort where there is evidence that at least one crucial component to the Crown's case against Youvarajah was supplied by defence counsel — namely the statement that Youvarajah supplied D.S. with the gun.

[144] Moreover, D.S. had the opportunity to review the ASF with his counsel prior to signing it and adopting it. This is an important aspect as it refutes any negative inferences that could be drawn against the ASF on the grounds that it was not captured in D.S.'s own words or that D.S. did not understand its contents.

[145] The appellant correctly argues that a lawyer's ethical obligation not to knowingly present false statements to the court does not ensure the truth of the contents of the ASF. However, it does provide some assurances that D.S. was advised of the consequences of providing a false statement. Before entering a guilty plea, counsel has an ethical obligation under rules of professional conduct to ensure that the client (1) is voluntarily admitting the elements of the offence; and (2) understands the implications and possible consequences of a guilty plea, particularly with regards to the authority and discretion of the court. In the absence of evidence to the contrary in the instant case, it is not unreasonable to assume that counsel would have advised D.S. about the contents of the ASF, the potential consequences of implicating the appellant, and the potential penal consequences of subsequently recanting. This assumption is also supported on the record by D.S.'s admission that he understood that the basis of his guilty plea was the ASF.

qu'il a été signé non seulement par D.S., mais aussi par le représentant du ministère public et par l'avocat de la défense et qu'il a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité de D.S., la manière dont la déclaration a été enregistrée est incontestable.

[143] La façon dont l'exposé conjoint des faits a été élaboré confirme également sa fiabilité. Il ne s'agit pas d'une déclaration qui a été rédigée unilatéralement et qu'on a forcé D.S. à adopter. Ce document a plutôt été rédigé en collaboration, et au moins un élément crucial de la preuve à charge du ministère public contre M. Youvarajah a été fourni par l'avocat de la défense, en l'occurrence l'affirmation suivant laquelle il avait fourni le pistolet à D.S.

[144] Qui plus est, ce dernier a eu la possibilité d'examiner l'exposé conjoint des faits avec son avocat avant de le signer et de l'adopter. Cet élément est important, car il réfute toutes inférences négatives tirées de ce document, du fait qu'il ne reprend pas mot à mot les propos de D.S., ou que ce dernier n'en aurait pas compris la teneur.

[145] L'appelant soutient à juste titre que l'obligation déontologique selon laquelle les avocats ne peuvent pas présenter sciemment de fausses déclarations au tribunal ne garantit pas la véracité du contenu de l'exposé conjoint des faits. Elle garantit toutefois jusqu'à un certain point que D.S. a été mis en garde au sujet des conséquences d'une fausse déclaration. Avant d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité, l'avocat a l'obligation suivant le code de déontologie de s'assurer que son client : (1) est disposé à admettre de son plein gré les éléments de l'infraction et (2) comprend les implications et les conséquences éventuelles d'un plaidoyer de culpabilité, en particulier quant au pouvoir général et au pouvoir discrétionnaire du tribunal. En l'absence de preuve contraire en l'espèce, il n'est pas déraisonnable de présumer que l'avocat de la défense a conseillé D.S. sur la teneur de l'exposé conjoint des faits, sur les conséquences éventuelles d'impliquer l'appelant et les conséquences pénales d'une rétractation ultérieure. Cette hypothèse est également confirmée au dossier par l'aveu de D.S. suivant lequel il comprenait que son plaidoyer de culpabilité était fondé sur l'exposé conjoint des faits.

[146] Perhaps most importantly, D.S. testified that he understood the three crucial components of the ASF, namely that the appellant gave D.S. the gun, told him to shoot Freake, and demanded that D.S. return the gun. Without more persuasive evidence to the contrary, this essentially forecloses any argument that D.S. lacked understanding of the ASF's contents.

[147] Looking beyond the construction of the ASF, the context of the proceedings under which it was read in to court and the contents of the ASF itself provide additional indicia supporting threshold reliability. As the Ontario Court of Appeal stated, "the solemnity of the occasion on which the [ASF] was presented" was a feature that favoured threshold reliability (para. 137). It certainly would have been ideal for the ASF to have been adopted under oath or solemn affirmation, but the nature of the guilty plea can help fill that gap when considered with the other indicia of reliability before the court.

[148] The Ontario Court of Appeal also correctly rejected the trial judge's assertion that the lack of spontaneity of the statement and the fact that it was not in D.S.'s own words detracted from the reliability of the ASF. While spontaneity can be an indication of reliability, its absence does not necessarily detract from it. With regards to an ASF prepared in the context of a guilty plea, reliability is not found through spontaneity but through the carefully crafted language which is subsequently adopted by the declarant after careful consideration with his counsel.

[149] Finally, the Ontario Court of Appeal concluded that the lack of "presence" when the ASF was read in at the guilty plea, for example by way of video, was of no consequence since D.S.'s only contribution was to reply "yes" in response to two separate questions by counsel (para. 128). I respectfully

[146] Fait peut-être encore plus important, D.S. a expliqué qu'il comprenait bien les trois éléments cruciaux de l'exposé conjoint des faits, à savoir que l'appelant lui avait donné le pistolet, lui avait dit d'abattre M. Freake et avait exigé qu'il lui remette le pistolet. À défaut d'éléments de preuve plus convaincants à l'effet contraire, tout argument que D.S. ne comprenait pas la teneur de l'exposé conjoint des faits se trouve d'emblée exclu.

[147] Indépendamment de la façon dont l'exposé conjoint des faits était libellé, le contexte de l'instance au cours de laquelle il a été versé au dossier et son contenu même fournissent des éléments supplémentaires qui appuient la thèse de l'atteinte du seuil de fiabilité. En effet, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario l'a déclaré : [TRADUCTION] « la solennité de l'occasion au cours de laquelle l'exposé conjoint des faits a été présenté » est une caractéristique qui favorise cette thèse (par. 137). Certes, dans un monde idéal, l'exposé en cause aurait été adopté sous la foi du serment ou d'une déclaration solennelle, mais la nature du plaidoyer de culpabilité peut contribuer à combler cette lacune lorsqu'on tient compte des autres indices de fiabilité portés à la connaissance du tribunal.

[148] La Cour d'appel de l'Ontario a également rejeté à bon droit l'affirmation du juge du procès suivant laquelle le manque de spontanéité de la déclaration et le fait qu'elle ne reprenait pas mot à mot les paroles de D.S. affaiblissaient sa fiabilité. Bien que la spontanéité puisse constituer un indice de fiabilité, son absence ne lui enlève pas nécessairement toute sa fiabilité à une déclaration. En ce qui concerne l'exposé conjoint des faits préparé dans le contexte d'un plaidoyer de culpabilité, la fiabilité ne se juge pas en fonction de la spontanéité, mais à la lumière des termes soigneusement choisis qui sont par la suite adoptés par le déclarant après un examen minutieux avec son avocat.

[149] Enfin, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'absence d'un enregistrement vidéo — lorsque l'exposé conjoint des faits a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité — n'avait pas de conséquences, puisque la seule contribution de D.S. avait été de répondre « oui » aux deux questions

disagree with this assessment. It is not appropriate to dismiss presence as indicia of reliability merely because of the declarant's limited level of involvement or because of the brevity of his statement. Had there been video presence, D.S.'s demeanour could have been assessed throughout the reading in of the ASF as well as in his answers to the two questions posed to him. Even if one were to focus solely on D.S.'s two short responses, such presence could provide invaluable insight into D.S.'s demeanour and ultimately into the veracity of the statement.

[150] While I cannot agree with the Ontario Court of Appeal's assessment on the issue of presence, I do not think that lack of presence is detrimental to potentially establishing reliability. If the cross-examination is found sufficiently meaningful and other indicia support the reliability of the ASF, presence may be superfluous. As I have detailed above, the reliability indicia from *B. (K.G.)* are not rigid and the absence of one factor can be overcome if other factors are sufficient in establishing threshold reliability. It is not necessary for me to draw any firm conclusion in this regard in the instant matter, and this is a question best left for a new trial where all of the factors can be assessed in concert.

V. Conclusion

[151] While there are certainly concerns with admitting evidence from a guilty plea proceeding at the trial of a third party, I find it unpalatable to apply a blanket prohibition at the admissibility inquiry stage. A proper admissibility inquiry is only intended to determine whether the prior inconsistent statement has sufficient markers of reliability to allow the trier of fact to reasonably assess the appropriate weight it should be given. This is a contextual question that will change with the particular circumstances of each case.

posées par l'avocat (par. 128). Je ne puis, en toute déférence, souscrire à cette analyse. On ne peut régulièrement écarter la preuve vidéo comme indice de fiabilité en invoquant simplement le faible degré de participation du déclarant ou la brièveté de sa déclaration. S'il y avait eu un enregistrement vidéo, on aurait pu observer le comportement de D.S. au moment où l'exposé conjoint a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité et examiner ses réponses aux deux questions qui lui ont été posées. Même en ne tenant compte que des deux courtes réponses données par D.S., la preuve vidéo pouvait donner des renseignements précieux sur le comportement de D.S. et, en dernière analyse, sur la véracité de la déclaration.

[150] Bien que je ne puisse souscrire à l'évaluation que la Cour d'appel de l'Ontario a faite de la question, je ne crois pas que l'absence d'une présence vidéo empêche en fin de compte de satisfaire au critère de fiabilité. Si le contre-interrogatoire est jugé suffisamment solide et que d'autres indices confirment la fiabilité de l'exposé conjoint des faits, une telle preuve vidéo peut s'avérer superflue. Comme je l'ai déjà expliqué, les indices de fiabilité donnés dans *B. (K.G.)* ne sont pas exclusifs et l'absence d'un facteur peut être compensée par d'autres facteurs si ceux-ci sont suffisants pour établir l'atteinte du seuil de fiabilité. Il n'est pas nécessaire que je tire une conclusion définitive sur le sujet, puisqu'il est préférable de laisser au juge qui présidera le nouveau procès le soin d'apprécier globalement tous les facteurs.

V. Conclusion

[151] Bien qu'on puisse à juste titre avoir des réserves quant à l'admissibilité d'éléments de preuve tirés de l'audience relative à un plaidoyer de culpabilité enregistré lors du procès d'un tiers, je ne peux me résigner à appliquer une interdiction absolue à l'étape de l'analyse de l'admissibilité. Une analyse appropriée de l'admissibilité ne vise qu'à déterminer si la déclaration antérieure incompatible présente des indices de fiabilité suffisants pour permettre au juge des faits d'évaluer raisonnablement la valeur qu'il convient de lui attribuer. Il s'agit d'une question contextuelle qui varie selon les circonstances particulières de chaque cas.

[152] Based on my analysis above, I do not think that a proper analysis was conducted in this case — particularly in relation to the opportunity for cross-examination and the consideration of other potential indicia of reliability. Accordingly, the decision of the Ontario Court of Appeal should be upheld and a new trial ordered. Reliability may be properly assessed at the new trial and the evidence may be appropriately admitted or excluded upon consideration of all the relevant factors.

[153] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, ROTHSTEIN and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Henein Hutchison, Toronto.

[152] Compte tenu de mon analyse, je ne crois pas que le juge du procès a mené, en l'espèce, une analyse appropriée — plus particulièrement sur la possibilité de contre-interroger D.S. et sur l'examen d'indices éventuels de fiabilité. En conséquence, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel de l'Ontario et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La question de la fiabilité pourra être convenablement examinée dans le cadre d'un nouveau procès au cours duquel les éléments de preuve pourront être admis ou exclus comme il se doit, après examen de tous les facteurs pertinents.

[153] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges ROTHSTEIN et WAGNER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante : Henein Hutchison, Toronto.

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Hélène Reid, Paul Rostagno, Annette Azar-Diehl, Pierre Massicotte, Line Beauchemin, Alain Milot, Mélanie Boucher, Valérie Walters, Caroline Bédard, Lise Buitendyk, Isabelle Chenail, Kim Gerry, Louise Baldo, Nicole Leblanc, Guy Bourbeau, Suzanne Martin, Lise Séguin, Kim Davis, Valérie Sicotte, Chantal Ricard, Nadie Savard, Marie-Christine Wilson, Stéphane Perron, Marie-Nicole Dubois, Bruno Calvignac, Carine Hutchinson, Jackie Pallard, Kathleen Bayzand, Guy Champoux, Rachel Chirico, Cate Korinth, Ann Quarterman and Caroline Rousselle *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and Minister of Education of the Province of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Commissioner of Official Languages of Canada and Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique *Interveners*

INDEXED AS: CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE v. BRITISH COLUMBIA

2013 SCC 42

File No.: 34908.

2013: April 15; 2013: July 26.

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

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Hélène Reid, Paul Rostagno, Annette Azar-Diehl, Pierre Massicotte, Line Beauchemin, Alain Milot, Mélanie Boucher, Valérie Walters, Caroline Bédard, Lise Buitendyk, Isabelle Chenail, Kim Gerry, Louise Baldo, Nicole Leblanc, Guy Bourbeau, Suzanne Martin, Lise Séguin, Kim Davis, Valérie Sicotte, Chantal Ricard, Nadie Savard, Marie-Christine Wilson, Stéphane Perron, Marie-Nicole Dubois, Bruno Calvignac, Carine Hutchinson, Jackie Pallard, Kathleen Bayzand, Guy Champoux, Rachel Chirico, Cate Korinth, Ann Quarterman et Caroline Rousselle *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et ministre de l'Éducation de la province de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Commissaire aux langues officielles du Canada et Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

2013 CSC 42

N° du greffe : 34908.

2013 : 15 avril; 2013 : 26 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Courts — Rules of court — Affidavits — Language of exhibits — 1731 English Act received into B.C. law providing English as language of court “proceedings” — B.C. Supreme Court Civil Rules also requiring documents “prepared for use in the court” be in English unless impracticable — French language school board seeking to file affidavits attaching exhibits prepared in French prior to litigation — Whether 1731 Act or B.C. rules preclude admission of exhibits prepared in French without English translation — Whether admitting exhibits in French within inherent jurisdiction of superior courts to control own processes — Whether B.C. Civil Rules limit exercise of inherent jurisdiction — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-3(2).

In an action alleging the violation of French language education rights as guaranteed by the *Charter*, a B.C. French language school board (the “Conseil”), and a federation of Francophone parents, brought an interlocutory application to have exhibits to affidavits written in French introduced into evidence in order to demonstrate they had standing to bring the action. They intended to rely on the content of the exhibits, prepared before the litigation was contemplated, which described their respective roles in the protection and promotion of French-language education in the province. British Columbia objected to the admission of the exhibits without accompanying English translations on the basis of an old English statute received into the colonial law of B.C. (the “1731 Act”), as well as Rule 22-3 of the B.C. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009 (“*Civil Rules*”), which respectively require court “proceedings” and any “document prepared for use in the court” to be in English. The chambers judge denied the application. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.: The B.C. legislature has exercised its power to regulate the language to be used in court proceedings

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

Tribunaux — Règles du tribunal — Affidavits — Langue des pièces — Loi anglaise de 1731 reçue en Colombie-Britannique prévoyant que l’anglais est la langue des « instances » judiciaires — Règles de la Cour suprême de la C.-B. en matière civile exigeant en outre que les documents « préparés en vue de leur utilisation devant la cour » le soient en anglais sauf si leur nature ne le permet pas — Demande d’un conseil scolaire de langue française en vue de déposer des affidavits auxquels sont jointes des pièces préparées en français avant le litige — La Loi de 1731 ou les règles de la C.-B. font-elles obstacle à l’admission en preuve de pièces préparées en français sans qu’elles soient accompagnées d’une traduction anglaise? — L’admission en preuve de pièces en langue française relève-t-elle de la compétence inhérente d’une cour supérieure pour faire respecter sa propre procédure? — Les règles de la C.-B. en matière civile restreignent-elles l’exercice de la compétence inhérente? — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 22-3(2).

Dans le cadre d’une action reprochant la violation des droits à l’instruction en français garantis par la *Charte*, un conseil scolaire de langue française de la C.-B. (le « Conseil ») et une fédération de parents francophones ont présenté une requête interlocutoire en vue de déposer en preuve des affidavits rédigés en français afin d’établir leur qualité pour intenter l’action en question. Ils entendaient se fonder sur le contenu de pièces, préparées avant que le litige ne soit envisagé, qui décrivent leur rôle respectif dans la protection et la promotion de l’instruction en français dans la province. La Colombie-Britannique s’est opposée à ce que les documents soient admis en preuve sans être accompagnés d’une traduction en anglais, invoquant une vieille loi anglaise reçue dans le droit colonial de la C.-B. (la « *Loi de 1731* »), ainsi que l’art 22-3 des *Supreme Court Civil Rules* de la C.-B., B.C. Reg. 168/2009 (les « *Règles civiles* »), lesquelles requièrent respectivement que les « instances » et « les documents préparés en vue de leur utilisation devant la cour » soient en anglais. Le juge saisi de la requête a refusé d’y faire droit. La Cour d’appel a rejeté l’appel formé contre cette décision.

Arrêt (les juges LeBel, Abella et Karakatsanis sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Moldaver et Wagner : La législature de la C.-B. a exercé son pouvoir pour réglementer la langue des instances

in that province by adopting legislative provisions which require civil “proceedings”, which includes exhibits to affidavits filed as part of those proceedings, to be in English. In doing so, the legislature has ousted the inherent jurisdiction of the courts and, therefore, no residual discretion exists to admit documents in other languages without an English translation.

The *1731 Act* was received into B.C. law and is in force in that province, pursuant to the requirements of s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253: the *1731 Act* was in force in England on November 19, 1858, it was applicable to the local circumstances in B.C. at the time, and it has not been modified by subsequent legislation having the force of law. As such, the test for determining whether a law is applicable is based on its suitability and not on a more stringent test of necessity. Furthermore, applicability is to be assessed as of the date of reception and not as of the date the cause of action arose. This approach results in valuable certainty in the law and is also respectful of the courts’ role of interpreting statutes and of the legislature’s role of modifying them to reflect changing circumstances. Given that in 1858 the government in B.C. operated in English, and English was the common language of settlers, nothing about the circumstances in the province would have made a rule requiring that court proceedings be conducted in English unsuitable.

In addition, the legislature has neither expressly repealed or modified the *1731 Act* in respect of civil proceedings, nor has it implicitly modified it by “occupying the field” with subsequent legislation. The *1731 Act* pertains not only to the language of documents filed in court, but also to that of judgments, orders, trials and evidence. A rule that covers only one aspect of the subject matter while remaining silent on other aspects cannot have the effect of impliedly modifying a received statute. Rules of civil procedure relating only to the documents used in court therefore cannot be said to occupy the entire field of language for court proceedings. This conclusion is reinforced by the fact that since 1965 the B.C. courts have repeatedly endorsed the *1731 Act* and the legislature has, rightly or wrongly, declined to act to change the law on language in court proceedings.

Even if the *1731 Act* were found not to be applicable in B.C., Rule 22-3 of the *Civil Rules* requires that exhibits

judiciaires dans la province par l’adoption de dispositions législatives qui prescrivent le déroulement en anglais des « instances » civiles, ce qui comprend les pièces jointes aux affidavits déposés dans le cadre de ces instances. Ce faisant, elle a écarté la compétence inhérente des cours de justice, de sorte qu’il n’existe pas de pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la mise en preuve de documents dans une autre langue que l’anglais sans traduction dans cette langue.

La *Loi de 1731* a été reçue et s’applique en C.-B., conformément aux exigences de l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, à savoir qu’elle s’appliquait en Angleterre le 19 novembre 1858, qu’elle s’appliquait alors à la situation dans la province et qu’elle n’a pas été modifiée par une mesure législative subséquente en vigueur. Dès lors, l’applicabilité du droit reçu doit être déterminée en fonction de sa pertinence, et non à l’aune du critère plus strict de la nécessité. En outre, il faut se prononcer sur l’applicabilité à la date de la réception, et non à celle de la naissance de la cause d’action. Cette approche est gage de certitude juridique et tient également compte de la tâche qui incombe aux tribunaux d’interpréter les lois, et aux législatures concernées d’adapter celles-ci à l’évolution sociale. Étant donné que, en 1858, la province était gouvernée en langue anglaise et que l’anglais était la langue commune des colons, nulle facette de la situation dans la province ne mettait en brèche la pertinence du déroulement obligatoire des instances judiciaires en langue anglaise.

De plus, la législature n’a pas expressément abrogé ou modifié la *Loi de 1731* en ce qui concerne le déroulement des instances civiles; elle ne l’a pas non plus modifiée implicitement par l’« occupation du champ » au moyen d’une mesure législative subséquente. La *Loi de 1731* porte non seulement sur la langue des documents déposés au tribunal, mais aussi sur celle des jugements, des ordonnances, des procès et des éléments de preuve. Une règle qui ne vise qu’un aspect de la matière, à l’exclusion des autres, ne peut avoir pour effet de modifier implicitement une loi reçue. Des règles de procédure civile applicables aux seuls documents utilisés au procès ne peuvent donc pas régir le domaine de la langue des instances judiciaires en entier. Cette opinion est étayée par le fait que, depuis 1965, les tribunaux de la C.-B. ont reconnu à maintes reprises l’application de la *Loi de 1731* et, à tort ou à raison, le législateur s’est refusé à modifier les dispositions relatives à la langue des instances judiciaires dans la province.

Même si on concluait que la *Loi de 1731* ne s’applique pas en C.-B., l’art. 22-3 des *Règles civiles* prescrit

attached to affidavits and filed in court be in English. Although the exhibits at issue were not prepared for use in court, once the exhibits were attached to the affidavits they became part of a document prepared for use in court. It cannot be possible to circumvent the rule by moving information on which a party seeks to rely from the body of the affidavit into an exhibit. If the party wishes to rely on the content of the exhibits, as opposed to their existence or their authenticity, the exhibits must comply with the rule. Rule 22-3 therefore limits the court's inherent jurisdiction to admit documents in languages other than English. Only those documents whose nature renders compliance with the rule impracticable can be admitted. Where, as here, the documents at issue are written in French, there is nothing inherent in them that would render translation into English impracticable, including the large volume of documents in question.

Finally, it is not inconsistent with *Charter* values for the B.C. legislature to restrict the language of court proceedings to English. The *Charter* does not require any province other than New Brunswick to provide for court proceedings in both official languages. Although the *Charter* reflects the importance of language rights, it also reflects the importance of respect for the constitutional powers of the provinces; federalism is one of Canada's underlying constitutional principles. It would be open to the B.C. legislature to enact legislation to authorize civil proceedings in French, which would no doubt further the values embodied in the language rights provisions of the *Charter*. However, in the absence of such an initiative, one cannot be imposed by the Court.

Per LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting): Neither the *1731 Act* nor the British Columbia *Civil Rules* addresses the language of exhibits in court proceedings. In light of the silence of the British Columbia legislature, and pursuant to the court's inherent jurisdiction, judges of the B.C. Supreme Court may allow French language documents, not prepared for use in court, to be filed in evidence as exhibits where this will ensure the administration of justice according to law in a regular, orderly and effective manner.

Under the received *1731 Act*, the prohibition on foreign languages in "proceedings" — no matter how broadly "proceedings" is defined — does not address the language of exhibits filed as evidence, or prevent

l'emploi de l'anglais pour toute pièce jointe à un affidavit qui est déposé au tribunal. Même si les pièces en cause n'ont pas été préparées en vue de leur utilisation devant la cour, une fois jointes aux affidavits, elles faisaient partie de documents préparés en vue de leur utilisation devant la cour. Il ne saurait être possible de contourner la règle en faisant passer de l'affidavit à une pièce jointe les données qu'une partie veut invoquer. La partie qui entend se fonder sur la teneur d'une pièce, et non sur son existence ou son authenticité, doit respecter la règle. L'article 22-3 limite donc la compétence inhérente du tribunal pour admettre en preuve des documents préparés dans une autre langue que l'anglais. Seul peut être accepté le document non conforme dont la nature ne permet pas l'observation de la règle. Lorsque, comme dans la présente affaire, les documents en cause sont rédigés en français, leur nature, y compris leur caractère volumineux, n'empêche pas leur traduction en anglais.

Enfin, il n'est pas contraire aux valeurs de la *Charte* que la législature de la C.-B. décide que les instances judiciaires se déroulent uniquement en langue anglaise. La *Charte* n'oblige aucune province, sauf le Nouveau-Brunswick, à assurer le déroulement des instances judiciaires dans les deux langues officielles. Elle reconnaît l'importance non seulement des droits linguistiques, mais aussi du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces; le fédéralisme fait partie des principes qui sous-tendent la Constitution. La législature de la C.-B. pourrait très bien adopter une loi qui permette le déroulement en français des instances civiles, ce qui serait assurément de nature à promouvoir les valeurs consacrées par les dispositions de la *Charte* relatives aux droits linguistiques. Cependant, si elle n'en adopte pas, la Cour ne peut lui en imposer une.

Les juges LeBel, Abella et Karakatsanis (dissentants) : Ni la *Loi de 1731* ni les *Règles civiles* de la Colombie-Britannique ne traitent de la langue des pièces dans les instances judiciaires. Compte tenu du silence du législateur de la Colombie-Britannique à cet égard, les juges de la Cour suprême de la C.-B. peuvent, en vertu de la compétence inhérente dont dispose leur tribunal, permettre que des documents en français, mais non préparés en vue de leur utilisation devant la cour, soient déposés en preuve comme pièces lorsque cela leur permet de rendre justice dans le respect de la loi et d'une manière régulière, ordonnée et efficace.

Selon la loi reçue invoquée, en l'occurrence la *Loi de 1731*, la prohibition contre l'usage de langues étrangères dans les « *proceedings* » (« instances ») — aussi largement qu'on puisse définir le terme « *proceedings* » —

the tendering or acceptance of a document in a language other than English, even if the oral evidence is in English or translated into English. Given that the scope of the *1731 Act* does not include the language of exhibits, it is not necessary to consider whether it has been explicitly or implicitly modified and/or altered by B.C. legislation, by quasi-constitutional federal legislation, or by the *Charter*.

Similarly, the *Civil Rules* do not define “evidence” or “exhibit” and do not directly address the language of the proceedings, other than Rule 22-3 which states documents “prepared for use in the court” must be in English. The exhibits at issue in this appeal, which include documents relating to the purpose and mission of the Conseil, were created in French long before litigation was contemplated. It could not be reasonably said that they were “prepared for use in the court”. By contrast, the affidavits to which the exhibits are attached were created for the court proceedings and must be in English. Therefore, based on the ordinary meaning of the words of the text, Rule 22-3 does not apply to documents such as exhibits that, as in this case, were not prepared for litigation purposes.

In the absence of clear and precise statutory language addressing the language in which documents not prepared for use in court must be filed, the British Columbia legislature has not ousted the court’s inherent jurisdiction. Therefore, the B.C. Supreme Court may exercise that jurisdiction to admit French documents if doing so would uphold, protect and fulfil the judicial function of administering justice. The matter should be remitted back to the B.C. Supreme Court accordingly. In deciding whether or not to exercise his or her discretion, the motion judge should consider relevant constitutional and quasi-constitutional principles, including the status of French as an official language in Canada, the protection of official language minority rights, and the constitutional commitment to safeguarding and promoting both the French and English languages, as well as the specific circumstances of the parties. Here, the Conseil was established by statute of the British Columbia legislature pursuant to s. 23 of the *Charter* which guarantees French language education rights. The Conseil operates primarily in French. The trial judge, and all parties and their lawyers, except the Province of British Columbia, understand the French language and

ne traite pas de la langue des pièces déposées en preuve et n’empêche pas le dépôt ou l’admission d’un document dans une autre langue que l’anglais, même si les témoignages sont soit présentés en anglais soit traduits dans cette langue. Étant donné que la langue des pièces n’est pas visée par la *Loi de 1731*, il n’est pas nécessaire de se demander si cette loi a été explicitement ou implicitement modifiée par une mesure législative de la C.-B., par une loi fédérale quasi constitutionnelle ou par la *Charte*.

De même, les *Règles civiles* ne définissent pas les termes « preuve » ou « pièce » et elles ne traitent pas non plus directement de la langue des instances, si ce n’est de l’art. 22-3 qui précise que les documents « préparés en vue de leur utilisation devant la cour » doivent l’être en anglais. Les pièces en question dans le présent pourvoi, notamment des documents concernant la raison d’être et la mission du Conseil, ont été créées en français, et ce, bien avant qu’un litige ne soit envisagé. On ne saurait raisonnablement affirmer qu’elles ont été « préparées en vue de leur utilisation devant la cour ». En revanche, les affidavits auxquels sont annexées ces pièces ont été créés pour l’instance et ils doivent être en anglais. Par conséquent, selon le sens ordinaire des mots du texte de l’art. 22-3, cette disposition ne s’applique pas à des documents telles des pièces, documents qui, comme c’est le cas en l’espèce, n’ont pas été préparés pour les besoins d’un litige.

En l’absence d’un texte de loi clair et précis indiquant la langue dans laquelle doivent être déposés des documents non préparés en vue de leur utilisation devant la cour, le législateur de la Colombie-Britannique n’a pas écarté la compétence inhérente de la cour. En conséquence, la Cour suprême de la C.-B. peut exercer cette compétence pour admettre des documents préparés en français, si cela lui permet de maintenir, protéger et remplir sa fonction qui est de rendre justice. L’affaire devrait donc être renvoyée à la Cour suprême de la C.-B. Pour décider s’il y a lieu ou non d’exercer son pouvoir discrétionnaire, le juge saisi de la requête devrait tenir compte des principes constitutionnels et quasi constitutionnels pertinents — notamment le statut du français en tant que langue officielle au Canada, la protection des droits des minorités de langue officielle et l’engagement constitutionnel à protéger et à promouvoir tant le français que l’anglais — et de la situation particulière des parties. En l’espèce, le Conseil a été établi par une loi de l’assemblée législative de la Colombie-Britannique, en vertu de l’art. 23 de la *Charte*, qui garantit le droit à l’instruction en français. Le Conseil exerce ses activités principalement en français. Le juge

the underlying litigation is about constitutional French language rights. The motion judge must consider and weigh these and all other relevant factors in exercising the court's inherent jurisdiction.

Cases Cited

By Wagner J.

Referred to: *R. v. Keller*, [1966] 2 C.C.C. 380; *R. v. Watts, Ex parte Poulin* (1968), 69 D.L.R. (2d) 526, aff'd [1969] 3 C.C.C. 118; *R. v. Lajoie* (1970), 2 C.C.C. (2d) 89; *R. v. Pelletier*, 2002 BCSC 561 (CanLII); *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Uniacke v. Dickson* (1848), 1 N.S.R. 287; *Scott v. Scott* (1970), 2 N.B.R. (2d) 849; *McDonnell v. Fédération des Franco-Colombiens* (1985), 69 B.C.L.R. 87; *Deeks Sand & Gravel Co. v. The Queen*, [1953] 4 D.L.R. 255; *Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768; *Cooper v. Stuart* (1889), 14 App. Cas. 286; *Sheppard v. Sheppard* (1908), 13 B.C.R. 486; *Re McKenzie and McKenzie* (1970), 11 D.L.R. (3d) 302; *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 13 B.C.L.R. 309; *Boleak v. Boleak*, 1999 BCCA 776, 183 D.L.R. (4th) 152; *R. v. Pare* (1986), 31 C.C.C. (3d) 260; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Han v. Cho*, 2008 BCSC 1208, 88 B.C.L.R. (4th) 193; *Bilfinger Berger (Canada) v. Greater Vancouver Water District*, 2010 BCSC 1104 (CanLII); *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Caron, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *In re Coles and Ravenshear*, [1907] 1 K.B. 1; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

Statutes and Regulations Cited

Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language (G.B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26, Preamble.

du procès ainsi que toutes les parties et leurs avocats, à l'exception de la province de la Colombie-Britannique, comprennent cette langue, et le litige sous-jacent concerne les droits garantis par la Constitution en matière d'instruction en français. Le juge saisi de la requête doit examiner et soulever ces facteurs, et tous les autres qui sont pertinents dans l'exercice de la compétence inhérente de la cour.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *R. c. Keller*, [1966] 2 C.C.C. 380; *R. c. Watts, Ex parte Poulin* (1968), 69 D.L.R. (2d) 526, conf. par [1969] 3 C.C.C. 118; *R. c. Lajoie* (1970), 2 C.C.C. (2d) 89; *R. c. Pelletier*, 2002 BCSC 561 (CanLII); *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Uniacke c. Dickson* (1848), 1 N.S.R. 287; *Scott c. Scott* (1970), 2 N.B.R. (2d) 849; *McDonnell c. Fédération des Franco-Colombiens* (1985), 69 B.C.L.R. 87; *Deeks Sand & Gravel Co. c. The Queen*, [1953] 4 D.L.R. 255; *Hellens c. Densmore*, [1957] R.C.S. 768; *Cooper c. Stuart* (1889), 14 App. Cas. 286; *Sheppard c. Sheppard* (1908), 13 B.C.R. 486; *Re McKenzie and McKenzie* (1970), 11 D.L.R. (3d) 302; *Robitaille c. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 13 B.C.L.R. 309; *Boleak c. Boleak*, 1999 BCCA 776, 183 D.L.R. (4th) 152; *R. c. Pare* (1986), 31 C.C.C. (3d) 260; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Han c. Cho*, 2008 BCSC 1208, 88 B.C.L.R. (4th) 193; *Bilfinger Berger (Canada) c. Greater Vancouver Water District*, 2010 BCSC 1104 (CanLII); *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Caron, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *In re Coles and Ravenshear*, [1907] 1 K.B. 1; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

Lois et règlements cités

Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language (G.-B.), 1731, 4 Geo. II, ch. 26, préambule.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 16 to 20, 23.
Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 297/2001, r. 53.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 530, 530.1.
English Law Act, R.S.B.C. 1897, c. 115.
English Law Act, R.S.B.C. 1960, c. 129.
English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, No. 7.
English Law Ordinance, 1867 (1871), 30 Vict., No. 70.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, c. 124.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 7.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 2.
Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Preamble.
Statute of Uses, 1535, 27 Hen. 8, c. 10.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 1-1 “document”, “proceeding”, 1-3, 22-3(2), (3).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, “proceeding”.
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, by Joseph Chitty, ed. London: W. Walker, 1826.
 Blickensderfer, Ulric. *Blickensderfer's Blackstone's Elements of Law Etc.* Chicago: Ulric Blickensderfer, 1889.
 Bouck, John C. “Introducing English Statute Law into the Provinces: Time for a Change?” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 74.
 British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, p. 646.
 Cote, J. E. “The Reception of English Law” (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 29.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2012 (updated 2012, release 1).
 Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
 McPherson, Bruce Harvey. *The Reception of English Law Abroad*. Brisbane, Aust.: Supreme Court of Queensland Library, 2007.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick, Frankel, Neilson and Bennett J.J.A.), 2012 BCCA 282, 34 B.C.L.R. (5th) 35, 323 B.C.A.C. 270, 550 W.A.C. 270, [2012] 10 W.W.R. 456, 24 C.P.C. (7th) 341,

Charte canadienne des droits et libertés, art. 16 à 20, 23.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 530, 530.1.
Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 297/2001, art. 53.
English Law Act, R.S.B.C. 1897, ch. 115.
English Law Act, R.S.B.C. 1960, ch. 129.
English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, No. 7.
English Law Ordinance, 1867 (1871), 30 Vict., No. 70.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 124.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 7.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 2.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), préambule.
Statute of Uses, 1535, 27 Hen. 8, ch. 10.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 1-1 « document », « proceeding », 1-3, 22-3(2), (3).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « proceeding ».
 Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1823.
 Blickensderfer, Ulric. *Blickensderfer's Blackstone's Elements of Law Etc.* Chicago : Ulric Blickensderfer, 1889.
 Bouck, John C. « Introducing English Statute Law into the Provinces : Time for a Change? » (1979), 57 *R. du B. can.* 74.
 Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, p. 646.
 Cote, J. E. « The Reception of English Law » (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 29.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto : Carswell, 2012 (updated 2012, release 1).
 Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
 McPherson, Bruce Harvey. *The Reception of English Law Abroad*. Brisbane, Aust. : Supreme Court of Queensland Library, 2007.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick, Frankel, Neilson et Bennett), 2012 BCCA 282, 34 B.C.L.R. (5th) 35, 323 B.C.A.C. 270, 550 W.A.C. 270, [2012] 10 W.W.R. 456, 24

351 D.L.R. (4th) 727, [2012] B.C.J. No. 1301 (QL), 2012 CarswellBC 1865, affirming a decision of Willcock J., 2011 BCSC 1043, 21 B.C.L.R. (5th) 62, 337 D.L.R. (4th) 45, [2011] B.C.J. No. 1475 (QL), 2011 CarswellBC 2039. Appeal dismissed, LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Robert Grant, Mark C. Power, Jennifer Klinck and Jean-Pierre Hachey, for the appellants.

Jonathan G. Penner and Karrie Wolfe, for the respondents.

Josh Hunter, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Christine Ruest Norrena and Isabelle Bousquet, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Francis Lamer and Casey Leggett, for the intervener Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] Each of the provinces has the power under the Constitution, subject to certain restrictions, to make laws governing the language to be used in its courts. This power derives from the provinces' jurisdiction over the administration of justice. The British Columbia legislature has exercised its power to regulate the language to be used in court proceedings in that province by adopting two different legislative provisions which require civil proceedings, including exhibits attached to affidavits filed as part of those proceedings, to be in English.

C.P.C. (7th) 341, 351 D.L.R. (4th) 727, [2012] B.C.J. No. 1301 (QL), 2012 CarswellBC 1865, qui a confirmé une décision du juge Willcock, 2011 BCSC 1043, 21 B.C.L.R. (5th) 62, 337 D.L.R. (4th) 45, [2011] B.C.J. No. 1475 (QL), 2011 CarswellBC 2039. Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Abella et Karakatsanis sont dissidents.

Robert Grant, Mark C. Power, Jennifer Klinck et Jean-Pierre Hachey, pour les appelants.

Jonathan G. Penner et Karrie Wolfe, pour les intimés.

Josh Hunter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Christine Ruest Norrena et Isabelle Bousquet, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Francis Lamer et Casey Leggett, pour l'intervenante l'Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique.

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

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] Sous réserve de certaines limitations, les provinces ont le pouvoir constitutionnel de légiférer sur la langue utilisée devant leurs tribunaux, un pouvoir qui découle de leur compétence en matière d'administration de la justice. La législature de la Colombie-Britannique a exercé ce pouvoir pour réglementer la langue des instances judiciaires dans la province par l'adoption de deux règles législatives différentes qui prescrivent le déroulement des procès civils en anglais, des règles qui valent aussi pour les pièces jointes aux affidavits déposés dans le cadre de ces instances.

[2] The appellants ask this Court to hold that the British Columbia courts retain a residual discretion to admit documents in languages other than English without an English translation. For the reasons that follow, I conclude that no such discretion exists. The British Columbia legislature has ousted the inherent jurisdiction of the courts and has required that court proceedings in the province be conducted in English. As a result, this appeal must be dismissed.

II. Facts

[3] This is an appeal from a ruling on an interlocutory application which was brought by the Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (the “Conseil”) and the Fédération des parents francophones de la Colombie-Britannique (the “Fédération”).

[4] The Conseil, the Fédération and numerous individual parents had brought an action against the Province of British Columbia in which they alleged violations of British Columbia’s constitutional obligations under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the course of the proceedings, British Columbia challenged the standing of the Conseil and the Fédération to bring that action, arguing they are entitled neither to assert linguistic rights nor to bring an action to protect those rights.

[5] In order to demonstrate that they had standing, the Conseil and the Fédération filed affidavits in which they described their respective roles in the protection and promotion of French-language education in the province. Attached to the affidavits were documents in the French language on whose content they intended to rely by tendering them under the business records exception to the hearsay rule. British Columbia objected to the admission of the exhibits without accompanying English translations. The Conseil and the Fédération, in turn, sought a declaration that exhibits in the French

[2] Les appelants demandent à la Cour de conclure que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont toujours le pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la mise en preuve de documents préparés dans une autre langue que l’anglais et non accompagnés d’une traduction dans cette langue. Pour les motifs exposés ci-après, je suis d’avis que les tribunaux ne disposent pas d’un tel pouvoir discrétionnaire. La législature de la Colombie-Britannique a écarté la compétence inhérente des tribunaux et exigé que, dans cette province, les procès judiciaires se déroulent en anglais. Le pourvoi doit donc être rejeté.

II. Faits

[3] Le pourvoi découle d’une décision sur une requête interlocutoire présentée par le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (le « Conseil ») et la Fédération des parents francophones de la Colombie-Britannique (la « Fédération »).

[4] Dans l’action principale qu’ils intentent contre la Colombie-Britannique, le Conseil, la Fédération et un certain nombre de parents à titre individuel reprochent à la province de manquer à ses obligations constitutionnelles suivant l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le cadre de l’instance, la Colombie-Britannique a contesté la qualité pour agir du Conseil et de la Fédération au motif qu’ils ne pouvaient ni faire valoir des droits linguistiques, ni tenter une action pour défendre de tels droits.

[5] En vue d’établir leur qualité pour agir, le Conseil et la Fédération ont déposé des affidavits qui précisaient leurs rôles respectifs dans la défense et la promotion de l’éducation en français dans la province. Invoquant l’exception à la règle du oui-dire applicable aux dossiers d’entreprise, ils ont joint aux affidavits des documents en français sur la teneur desquels ils comptaient se fonder. La Colombie-Britannique s’est opposée à ce que les documents soient admis en preuve sans être accompagnés d’une traduction en anglais. Le Conseil et la Fédération ont alors demandé au tribunal de

language attached to an affidavit could be considered by the court without English translations.

[6] Although the issue of standing has since been decided in the Conseil's and Fédération's favour (2012 BCCA 422, 36 B.C.L.R. (5th) 302), this appeal has continued because a decision on whether the British Columbia courts can admit documents in French is relevant to the trial of the action.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2011 BCSC 1043, 21 B.C.L.R. (5th) 62*

[7] The chambers judge dismissed the application. He considered himself bound by decisions in which the British Columbia courts had held that the language of civil proceedings in that province is English: *R. v. Keller*, [1966] 2 C.C.C. 380 (B.C.S.C.); *R. v. Watts, Ex parte Poulin* (1968), 69 D.L.R. (2d) 526 (B.C.S.C.), aff'd [1969] 3 C.C.C. 118 (B.C.C.A.); *R. v. Lajoie* (1970), 2 C.C.C. (2d) 89 (B.C.S.C.); *R. v. Pelletier*, 2002 BCSC 561 (CanLII). According to those decisions, the requirement that proceedings in the British Columbia courts be in English derives from an old English statute that has been received into the law of the province by virtue of s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253. The English statute in question is entitled *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26 (the "1731 Act").

[8] The chambers judge concluded that although untranslated documents can be admitted to prove their existence or their authenticity, such documents cannot be produced as proof of their content unless a translation is provided. Therefore, the *1731 Act* applied to the exhibits the Conseil and the Fédération sought to introduce.

prononcer un jugement déclaratoire selon lequel il pouvait examiner une pièce en français jointe à un affidavit même si elle n'était pas traduite en anglais.

[6] Le Conseil et la Fédération ont depuis eu gain de cause au chapitre de la qualité pour agir (2012 BCCA 422, 36 B.C.L.R. (5th) 302), mais le présent pourvoi a suivi son cours parce qu'il est pertinent, pour l'instruction de l'action principale, de statuer sur la faculté des tribunaux de la Colombie-Britannique d'admettre en preuve des documents préparés uniquement en français.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2011 BCSC 1043, 21 B.C.L.R. (5th) 62*

[7] Siégeant en chambre, le juge rejette la requête des appelants. Il s'estime lié par les décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique selon lesquelles, dans cette province, les instances civiles se déroulent en anglais : *R. c. Keller*, [1966] 2 C.C.C. 380 (C.S.C.-B.); *R. c. Watts, Ex parte Poulin* (1968), 69 D.L.R. (2d) 526 (C.S.C.-B.), conf. par [1969] 3 C.C.C. 118 (C.A.C.-B.); *R. c. Lajoie* (1970), 2 C.C.C. (2d) 89 (C.S.C.-B.); *R. c. Pelletier*, 2002 BCSC 561 (CanLII). D'après cette jurisprudence, l'anglais doit être la langue des tribunaux de la Colombie-Britannique en raison de la réception dans la province, par l'application de l'art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, d'une ancienne loi d'Angleterre intitulée *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.-B.), 1731, 4 Geo. II, ch. 26 (la « *Loi de 1731* »).

[8] Le juge conclut que, même s'il est possible d'admettre en preuve des documents non traduits pour établir leur existence ou leur authenticité, ces documents ne peuvent faire foi de leur contenu s'ils ne sont pas traduits. La *Loi de 1731* s'applique donc aux pièces que le Conseil et la Fédération veulent déposer.

[9] The chambers judge held that Rule 22-3 of the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, which requires that documents prepared for use in court be in English unless the nature of the document renders this impracticable, is a manifestation of the general rule derived from the *1731 Act* that the language of the British Columbia courts is English. Whether the impugned exhibits qualified as “documents prepared for use in the court” was therefore irrelevant. Furthermore, assuming that Rule 22-3 applied to these exhibits, the chambers judge held that nothing about their nature rendered their translation impracticable. He accordingly dismissed the application.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2012 BCCA 282, 34 B.C.L.R. (5th) 35*

[10] The Court of Appeal dismissed the appeal from the chambers judge’s decision, holding that the *1731 Act* is in force in British Columbia and that civil proceedings must therefore be conducted in English. Applying the test for implied repeal set out in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, the Court of Appeal held that the modern procedural legislation has not occupied the field so as to implicitly repeal the *1731 Act*. Although s. 530 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has had the effect of repealing the *1731 Act* for criminal trials by giving accused persons in British Columbia and elsewhere in Canada the right to be tried in either official language, the British Columbia legislature has not taken any steps to repeal it with respect to civil proceedings.

[11] The Court of Appeal added that the *1731 Act* applies to documentary evidence of the type the Conseil and the Fédération had submitted. Rule 22-3 of the *Supreme Court Civil Rules* merely confirms that all civil proceedings in British Columbia must be conducted in English.

[12] The Court of Appeal accordingly held that a judge presiding over civil proceedings in British

[9] Selon le juge, l’art. 22-3 des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, qui dispose que, sauf lorsque sa nature ne le permet pas, un document préparé en vue de son utilisation devant la cour doit l’être en anglais, reprend en somme la règle fondamentale issue de la *Loi de 1731*, à savoir que la langue des tribunaux de la Colombie-Britannique est l’anglais. Il n’y a donc pas lieu de déterminer si les pièces en cause constituent ou non des [TRADUCTION] « documents préparés en vue de leur utilisation devant la cour ». En outre, à supposer que l’art. 22-3 s’applique aux documents considérés, le juge conclut que leur nature n’empêche aucunement leur traduction. Il rejette donc la requête des appelants.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 282, 34 B.C.L.R. (5th) 35*

[10] La Cour d’appel rejette l’appel de la décision de première instance et conclut que la *Loi de 1731* s’applique en Colombie-Britannique, de sorte que les instances civiles doivent s’y dérouler en anglais. Sur le fondement du critère d’abrogation implicite énoncé dans *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, la Cour d’appel opine que l’adoption de dispositions procédurales modernes n’a pas eu pour effet d’occuper le champ de façon à abroger implicitement la *Loi de 1731*. Certes, l’art. 530 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, accordant à l’accusé, tant en Colombie-Britannique qu’ailleurs au Canada, le droit à un procès dans l’une ou l’autre des langues officielles, a rendu la *Loi de 1731* inapplicable au procès criminel, mais la législature de la Colombie-Britannique n’a pris aucune mesure pour la rendre également inapplicable au procès civil.

[11] La Cour d’appel ajoute que la *Loi de 1731* s’applique à un élément de preuve documentaire comme celui produit par le Conseil et la Fédération. L’article 22-3 des *Supreme Court Civil Rules* confirme seulement que, en Colombie-Britannique, toutes les instances civiles doivent se dérouler en anglais.

[12] La Cour d’appel conclut donc que le juge qui préside une instance civile en Colombie-Britannique

Columbia does not have a discretion to admit documentary evidence in a language other than English without a certified translation.

IV. Analysis

[13] British Columbia has advanced two legislative rules as a result of which, it says, the documents at issue in this case may not be admitted into evidence: the *1731 Act* and Rule 22-3 of the *Supreme Court Civil Rules*. In my view, both of these rules apply, and their effect is that documents submitted to British Columbia courts must either be in English or be accompanied by an English translation.

A. *Does the 1731 Act Require That Civil Proceedings in British Columbia Be in English?*

(1) Reception of English Law

[14] The reception of English law into various Canadian provinces was an important step in Canada's legal history. Reception permitted the country's common law provinces to adopt a common law system without having to "spend nine centuries painfully building up a system of judge-made law": J. E. Cote, "The Reception of English Law" (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 29, at p. 30.

[15] The reception of English law is a common law principle, and it applies in several Canadian provinces in which it has not even been provided for by provincial statute: see, e.g., *Uniacke v. Dickson* (1848), 1 N.S.R. 287 (Ch.); *Scott v. Scott* (1970), 2 N.B.R. (2d) 849 (S.C., App. Div.). At common law, reception was said to take place as a result of the presence of British subjects in a new territory: Cote, at p. 35. That is to say, British subjects "carr[ie]d" English law with them as they settled in the colonies: Cote, at p. 47.

n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'admettre en preuve un document qui est préparé dans une autre langue que l'anglais et qui ne s'accompagne pas d'une traduction certifiée conforme.

IV. Analyse

[13] La Colombie-Britannique invoque deux règles législatives — la *Loi de 1731* et l'art. 22-3 des *Supreme Court Civil Rules* — qui, selon elle, rendent inadmissibles en preuve les documents en cause dans la présente affaire. À mon avis, ces deux règles s'appliquent et font en sorte que les documents présentés aux tribunaux de la Colombie-Britannique doivent être préparés en anglais ou accompagnés d'une traduction dans cette langue.

A. *La Loi de 1731 exige-t-elle qu'une instance civile se déroule en anglais en Colombie-Britannique?*

(1) La réception du droit anglais

[14] La réception du droit anglais dans nombre de provinces canadiennes constitue un jalon important de l'histoire juridique du Canada. Grâce à elle, les provinces de common law du pays ont pu se doter d'un régime de common law sans devoir [TRADUCTION] « passer neuf siècles à établir à grand-peine un système de droit jurisprudentiel » : J. E. Cote, « The Reception of English Law » (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 29, p. 30.

[15] La réception du droit anglais est un principe de common law et elle vaut dans plusieurs provinces canadiennes sans même qu'une loi provinciale ne la confirme : voir p. ex. *Uniacke c. Dickson* (1848), 1 N.S.R. 287 (Ch.); *Scott c. Scott* (1970), 2 N.B.R. (2d) 849 (C.S., Div. app.). En common law, on considérait que la réception découlait de la présence de sujets britanniques sur un nouveau territoire : Cote, p. 35. Autrement dit, ces sujets [TRADUCTION] « emport[ai]ent » avec eux le droit anglais lorsqu'ils s'établissaient dans une colonie : Cote, p. 47.

[16] This common law principle has been codified in a number of Canadian provinces, including British Columbia. The principle of reception was originally codified in mainland British Columbia by virtue of a proclamation of the Governor of the Colony of British Columbia, Sir James Douglas, dated November 19, 1858. This was subsequently expanded to cover the entirety of the unified Colony of British Columbia in the *English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 7. The British Columbia legislature has repeatedly confirmed this codification since the province joined Confederation: see, e.g., *English Law Ordinance, 1867* (1871), 30 Vict., No. 70; *English Law Act*, R.S.B.C. 1897, c. 115; *English Law Act*, R.S.B.C. 1960, c. 129. Currently, the reception of English law in British Columbia is governed by the *Law and Equity Act*, s. 2 of which reads as follows:

- 2 Subject to Section 3, the Civil and Criminal Laws of England, as they existed on November 19, 1858, so far as they are not from local circumstances inapplicable, are in force in British Columbia, but those laws must be held to be modified and altered by all legislation that has the force of law in British Columbia or in any former Colony comprised within its geographical limits.

[17] There are two criteria for an English statute to be received into law in British Columbia: (1) it must have been in force in England on November 19, 1858; and (2) it must be applicable to local circumstances. Further, in interpreting any received law, a court must consider whether that law has been modified by legislation having the force of law in British Columbia. I will return to these issues after discussing the scope of the *1731 Act* itself.

- (2) Does the *1731 Act* Apply to Exhibits Attached to Affidavits?

[18] As a preliminary matter, the appellants allege that even if the *1731 Act* is applicable in British Columbia, it does not have the effect of requiring that documentary evidence be presented in English.

[16] Ce principe de common law a été confirmé par les lois d'un certain nombre de provinces canadiennes, dont la Colombie-Britannique. Au départ, la réception du droit anglais a été consacrée en Colombie-Britannique continentale par la proclamation du gouverneur de la colonie de la Colombie-Britannique, Sir James Douglas, le 19 novembre 1858, puis elle a été étendue à tout le territoire de la colonie unifiée de la Colombie-Britannique par l'*English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 7. Depuis que la province s'est jointe à la Confédération, la législature a confirmé maintes fois cette réception : voir p. ex. *English Law Ordinance, 1867* (1871), 30 Vict., No. 70; *English Law Act*, R.S.B.C. 1897, ch. 115; *English Law Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 129. De nos jours, la réception du droit anglais en Colombie-Britannique relève de la *Law and Equity Act*, dont l'art. 2 dispose :

[TRADUCTION]

- 2 Sous réserve de l'article 3, les lois civiles et criminelles d'Angleterre en vigueur le 19 novembre 1858 s'appliquent en Colombie-Britannique, à condition de ne pas être rendues inapplicables par la situation dans cette province et elles doivent être tenues pour modifiées par toute mesure législative adoptée en Colombie-Britannique ou dans toute ancienne colonie située à l'intérieur de ses limites géographiques.

[17] Deux conditions doivent être réunies pour qu'une loi anglaise s'applique en Colombie-Britannique : (1) avoir été en vigueur en Angleterre le 19 novembre 1858 et (2) s'appliquer à la situation dans la province. De plus, lorsqu'il interprète une loi étrangère ainsi reçue, le tribunal doit se demander si elle a été modifiée par une mesure législative en vigueur en Colombie-Britannique. J'y reviendrai après l'examen de la portée de la *Loi de 1731* elle-même.

- (2) La *Loi de 1731* s'applique-t-elle aux pièces jointes à un affidavit?

[18] À titre préliminaire, les appelants prétendent que même si la *Loi de 1731* s'applique en Colombie-Britannique, elle n'a pas pour effet de rendre obligatoire la présentation en anglais de

With respect, I cannot agree. It is clear from the words of the *1731 Act* that it applies to a specific set of listed documents, but also to all “proceedings”, which includes the admission of evidence.

[19] The Preamble to the *1731 Act* requires all the following to be in English:

. . . all Writs, Process and Returns thereof, and Proceedings thereon, and all Pleadings, Rules, Orders, Indictments, Informations, Inquisitions, Presentments, Verdicts, Prohibitions, Certificates, and all Patents, Charters, Pardons, Commissions, Records, Judgments, Statutes, Recognizances, Bonds, Rolls, Entries, Fines and Recoveries, and all Proceedings relating thereunto, and all Proceedings of Courts Leet, Courts Baron and Customary Courts, and all Copies thereof, and all Proceedings whatsoever

The appellants argue that the words “Proceedings thereon”, “Proceedings relating thereunto” and “all Proceedings whatsoever” should be taken to be limited to procedural aspects of an action. Although I accept the appellants’ submission that there is a difference between procedure and evidence, they have submitted no arguments to explain why the word “proceedings” should be read as equivalent to “procedure”. The meaning of the word “procedure” is therefore not relevant to the interpretation of the *1731 Act*. In any event, even if it were the case that the *1731 Act* applied only to procedural law, there was a time when the law of procedure was considered to include what we would now call the law of evidence: U. Blickensderfer, *Blickensderfer’s Blackstone’s Elements of Law Etc.* (1889), at pp. 220-21.

[20] As to the meaning of the term “proceeding”, the appellants themselves note that *Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), defines it as follows:

The regular and orderly progression of a lawsuit, including all acts and events between the time of commencement and the entry of judgment. [Emphasis added; p. 1324.]

la preuve documentaire. Soit dit en tout respect, je ne puis être d’accord. Il ressort de son libellé que la *Loi de 1731* s’applique non seulement à un ensemble précis de documents énumérés, mais aussi à toute « instance », ce qui comprend l’admission d’éléments de preuve.

[19] Le préambule de la *Loi de 1731* prescrit l’emploi de l’anglais pour ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . les brevets, les sommations et la preuve de leur signification, et les instances en découlant, et les actes de procédure, règles, ordonnances, actes d’accusation, dénonciations, enquêtes, dépôts, verdicts, interdictions et certificats, les lettres patentes, chartes, grâces, commissions, archives, jugements, lois, engagements, cautionnements, rôles, inscriptions, amendes et indemnités, et les instances s’y rapportant et les instances de la cour foncière, de la cour de baronnie et des tribunaux coutumiers, et les copies des documents y afférents, et toute instance, quelle qu’elle soit . . .

Selon les appellants, il faut considérer que les expressions [TRADUCTION] « instances en découlant », « instance s’y rapportant » et « toute instance, quelle qu’elle soit » ne visent que le volet procédural d’une action. Bien que je fasse droit à leur prétention selon laquelle la procédure se distingue de la preuve, ils ne font valoir aucune raison de considérer le mot « instance » comme étant l’équivalent de « procédure ». Le sens du mot « procédure » ne joue donc pas dans l’interprétation de la *Loi de 1731*. Quoi qu’il en soit, à supposer même que cette loi ne porte que sur la procédure, il fut un temps où l’on estimait que le droit procédural englobait ce que nous appelons aujourd’hui le droit de la preuve : U. Blickensderfer, *Blickensderfer’s Blackstone’s Elements of Law Etc.* (1889), p. 220-221.

[20] En ce qui concerne le sens du mot « *proceeding* » (en français, « instance »), les appelants eux-mêmes relèvent la définition qu’en donne le *Black’s Law Dictionary* (9^e éd. 2009) :

[TRADUCTION] Déroulement régulier et méthodique d’une action en justice, y compris l’ensemble des actes et des mesures qui interviennent entre le début de l’action et le prononcé du jugement. [Je souligne; p. 1324.]

In my view, therefore, “proceedings” include the taking of evidence for the purpose of hearing a motion or conducting a trial, and this includes documentary evidence filed as an exhibit attached to an affidavit. The taking of evidence is an act that takes place between the commencement of the action and the entry of judgment.

[21] This view is confirmed by other sources, including W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, by J. Chitty, ed. (1826), according to which the proceedings of an action include:

1. The original writ: 2. The process: 3. The pleadings: 4. The issue or demurrer: 5. The trial: 6. The judgment, and its incidents: 7. The proceedings in the nature of appeals: 8. The execution. [pp. 271-72]

The subsequent discussion in the *Commentaries* about the “proceedings” of a trial includes the taking of evidence: pp. 349-85. This confirms that the term “proceedings” should be understood to include testimony and documentary evidence.

[22] The appellants further suggest that the expressions “Proceedings thereon”, “Proceedings relating thereunto” and “all Proceedings whatsoever” should be restricted by the limited class (*ejusdem generis*) presumption. They argue that the lists of items that come before these general expressions do not include evidence or exhibits, and that the expressions themselves must therefore be interpreted as being similarly limited.

[23] This argument must fail, however, for two reasons. First, I would question whether the limited class presumption should apply where the item at issue appears to be separated from the main list. When applying this presumption, “attention must be paid to the grammatical structure of the provision in question”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 239. In this case, the relevant passages from the *1731 Act* should be considered to form three distinct groups that are separated from one another by the word “and”:

J’estime donc que l’« instance » s’entend notamment du fait de recueillir des éléments de preuve aux fins de l’audition d’une requête ou du déroulement d’un procès, y compris la preuve documentaire présentée sous forme de pièce jointe à un affidavit. Les éléments de preuve sont recueillis entre le début de l’action et le prononcé du jugement.

[21] D’autres sources le confirment, dont W. Blackstone dans ses *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4, traduit de l’anglais par N. M. Chompré (1823), selon lesquels l’instance comprend :

1. Le writ [bref] original; 2. les sommations (*the process*) en vertu du writ, c’est-à-dire les moyens d’obliger le défendeur à comparaître; 3. les débats; 4. l’établissement du point de fait ou du point de droit (*the issue or demurrer*); 5. l’examen et la décision du point de fait (*the trial*); 6. le jugement et ses incidents; 7. les procédures de la nature des appels; 8. l’exécution du jugement. [p. 452]

L’analyse de l’« instance » qui figure ensuite dans les *Commentaires* fait état de l’admission des éléments de preuve (p. 1-70), ce qui confirme que l’« instance » englobe les témoignages et la preuve documentaire.

[22] Les appelants ajoutent que la règle *ejusdem generis* s’applique aux expressions [TRADUCTION] « instances en découlant », « instance s’y rapportant » et « toute instance, quelle qu’elle soit » de manière que seules des choses de même genre soient visées par chacune d’elles. Ni la preuve ni les pièces ne figurent dans l’énumération qui précède ces expressions générales. Ils soutiennent qu’elles ne sont donc pas visées non plus par celles-ci.

[23] Deux raisons justifient toutefois le rejet de leur thèse. Premièrement, je doute que la règle s’applique lorsque l’élément en cause paraît séparé de l’énumération principale. La règle relative aux choses de même genre [TRADUCTION] « veut que l’on porte attention à la structure grammaticale de la disposition » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 239. En l’espèce, il faut voir dans l’extrait de la *Loi de 1731* précité trois groupes distincts que sépare l’un de l’autre la conjonction « et » :

(1) all Writs, Process and Returns thereof, and Proceedings thereon, and

(2) all Pleadings, Rules, Orders, Indictments, Informations, Inquisitions, Presentments, Verdicts, Prohibitions, Certificates, and all Patents, Charters, Pardons, Commissions, Records, Judgments, Statutes, Recognizances, Bonds, Rolls, Entries, Fines and Recoveries, and all Proceedings relating thereunto, and

(3) all Proceedings of Courts Leet, Courts Baron and Customary Courts, and all Copies thereof, and all Proceedings whatsoever

Each of these groups has two parts: a list of documents or courts and a general clause about “Proceedings”. It is not clear to me that the references to proceedings should be taken to be part of the lists in question, given that for each group, the last two items of the list are separated by the conjunction “and” (e.g. “all Writs, Process *and* Returns thereof”), which precedes an “and” that separates the clause about proceedings from the list (e.g. “*and* Proceedings thereon”).

[24] Second, the general word “Proceedings” is never used in isolation, but always forms part of an expression such as “Proceedings thereon” or “Proceedings relating thereunto”. These expressions convey an intention to include not just specific documents, but also any actions taken in relation to them.

[25] Finally, the appellants argue that, since the *1731 Act* does not explicitly permit the admission of translations into evidence, no translations can be admitted, which renders the law absurd. I am unable to see how a law that requires documents to be in a particular language can have the effect of excluding translations into that language. I cannot accept this argument.

[26] In conclusion, if the *1731 Act* applies in British Columbia, I am of the view that it has the effect of requiring that all documents filed in court

[TRADUCTION]

(1) les brefs, les sommations et la preuve de leur signification, et les instances en découlant, et

(2) les actes de procédure, règles, ordonnances, actes d’accusation, dénonciations, enquêtes, dépôts, verdicts, interdictions et certificats, les lettres patentes, chartes, grâces, commissions, archives, jugements, lois, engagements, cautionnements, rôles, inscriptions, amendes et indemnités, et les instances s’y rapportant, et

(3) les instances de la cour foncière, de la cour de baronnie et des tribunaux coutumiers, et les copies des documents y afférents, et toute instance, quelle qu’elle soit

Chacun de ces groupes comporte deux volets : l’énumération de documents ou de tribunaux et un énoncé général concernant les « instances ». Cet énoncé général ne me paraît pas faire manifestement partie de l’énumération qui le précède, car dans chacun des groupes, les deux derniers éléments de l’énumération sont séparés par la conjonction « et » (p. ex. « les brefs, les sommations *et* la preuve de leur signification »), juste avant que la même conjonction ne sépare l’énoncé relatif aux « instances » de l’énumération (p. ex. « *et* les instances en découlant »).

[24] Deuxièmement, le générique « instances » n’est jamais utilisé seul, mais fait toujours partie d’une expression comme « en découlant » ou « s’y rapportant », ce qui indique l’intention de faire en sorte qu’il s’entende non seulement de documents précis, mais aussi de mesures prises à leur égard.

[25] Enfin, les appelants prétendent qu’aucune traduction ne peut être admise en preuve parce que la *Loi de 1731* ne l’autorise pas expressément, d’où l’absurdité de la loi. Je ne puis voir en quoi une loi exigeant que des documents soient préparés dans une langue en particulier peut avoir pour effet d’exclure les traductions dans cette langue. Je ne peux faire droit à cette prétention.

[26] Pour conclure, si la *Loi de 1731* s’applique en Colombie-Britannique, elle a pour effet, selon moi, d’exiger que tous les documents déposés dans

proceedings be in English or be accompanied by an English translation.

(3) Is the 1731 Act Inapplicable in British Columbia?

[27] Section 2 of the *Law and Equity Act* provides that “the Civil and Criminal Laws of England, as they existed on November 19, 1858, so far as they are not from local circumstances inapplicable, are in force in British Columbia”.

[28] The parties agree that the *1731 Act* existed and was in force in England on November 19, 1858. They disagree, however, about whether the *1731 Act* is “from local circumstances inapplicable”. The appellants ask the Court to adopt a strict test for applicability according to which every received statute must be both *necessary* and applicable. The appellants also argue that applicability should be assessed as of the time when the facts of the case arose rather than as of the date of reception, November 19, 1858.

[29] Neither of these submissions is compelling. Necessity is not a requirement for the reception of English law. Certainty in the legal system is, as the appellants acknowledge, a desirable outcome, but certainty cannot be obtained if the status of received law must be reconsidered each and every time a party seeks to rely on it. I therefore conclude that the test for determining whether such law is applicable should be based on its suitability, and that this should be assessed as of the date of reception.

(a) *What Does Applicability Entail?*

[30] Whether a received statute is applicable should be assessed in terms of its suitability, as opposed to the more stringent test proposed by the appellants. The appellants urge the Court to take a narrow view of applicability, and to require that any received statute be *necessary* in order to be applicable. The appellants further argue that

le cadre d’une instance judiciaire soient préparés en anglais ou accompagnés d’une traduction dans cette langue.

(3) La Loi de 1731 est-elle inapplicable en Colombie-Britannique?

[27] Aux termes de l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, [TRADUCTION] « les lois civiles et criminelles d’Angleterre en vigueur le 19 novembre 1858 s’appliquent en Colombie-Britannique, à condition de ne pas être rendues inapplicables par la situation dans cette province ».

[28] Les parties conviennent que la *Loi de 1731* existait et était en vigueur en Angleterre le 19 novembre 1858. Ce qui les oppose, toutefois, c’est de savoir si oui ou non la loi est rendue « inapplicabl[e] par la situation dans cette province ». Les appelants demandent à la Cour d’adopter un critère d’applicabilité strict selon lequel une loi reçue doit être à la fois *nécessaire* et applicable. Ils soutiennent en outre qu’il faut déterminer l’applicabilité de la *Loi de 1731* à la date des faits qui sont à l’origine de l’action, et non à celle de la réception, soit le 19 novembre 1858.

[29] Aucun de ces arguments ne me convainc. La nécessité n’est pas une condition de réception du droit anglais. Les appelants reconnaissent que la certitude est souhaitable dans le système de justice. Or, elle est impossible si la validité du droit reçu doit être réexaminée chaque fois qu’une partie entend l’invoquer. Je conclus donc qu’il faut déterminer l’applicabilité du droit reçu en fonction de sa pertinence, et ce, à la date de réception.

(a) *Comment déterminer l’applicabilité?*

[30] Il faut se prononcer sur l’applicabilité d’une loi reçue au regard de sa pertinence plutôt qu’à l’aune du critère plus strict préconisé par les appelants. Ces derniers exhortent la Cour à recourir à une interprétation restrictive et à exiger que toute loi reçue soit *nécessaire* pour être applicable. De plus, il faudrait selon eux apprécier la

its necessity should be assessed purposively by considering whether the mischief the statute was intended to remedy in England exists in British Columbia. Such a test is undesirable, because under it, the assessment of applicability would depend on historical reductionism.

[31] The appellants rely on *Uniacke*, a decision of the Nova Scotia Court of Chancery, to support their claim that necessity must be considered in determining whether a statute is applicable. However, necessity has never been considered to be part of the test for applicability in British Columbia: see, e.g., *McDonnell v. Fédération des Franco-Colombiens* (1985), 69 B.C.L.R. 87 (Co. Ct.); *Deeks Sand & Gravel Co. v. The Queen*, [1953] 4 D.L.R. 255 (B.C.S.C.). Nor did this Court choose to adopt a necessity test for reception in *Hellens v. Densmore*, [1957] S.C.R. 768, at pp. 782-83.

[32] Moreover, a requirement that necessity be assessed by comparing the historical circumstances in England at the time of the statute's enactment to circumstances in British Columbia would unduly narrow the range of statutes that can be received. If reception depended on comparing the very specific historical circumstances that motivated a statute, almost no statutes would be received, because it is unlikely that the exact same social circumstances would have existed in colonies that were settled after relevant social structures had been abandoned in England: B. H. McPherson, *The Reception of English Law Abroad* (2007), at p. 378.

[33] This problem can be illustrated by considering one of the statutes that the appellants accept has been received, namely the *Statute of Uses*, 1535, 27 Hen. 8, c. 10. The appellants agree that the *Statute of Uses* is applicable and has been received in British Columbia (A.F., at para. 45). Yet the *Statute of Uses* was adopted to deal with the proliferation of the use, a device to avoid feudal taxes. Since feudalism, and indeed the use, never existed in British Columbia, it would be hard to argue that the *Statute of Uses* is necessary on the

nécessité en fonction de l'objet de la loi et examiner si la situation à laquelle devait remédier la loi en Angleterre existe en Colombie-Britannique. Le recours à un tel critère n'est pas souhaitable car il rend l'applicabilité de la loi reçue tributaire d'une conception réductionniste de l'histoire.

[31] À l'appui de leur prétention selon laquelle l'applicabilité commande l'examen de la nécessité, les appelants citent la décision *Uniacke* de la Cour de la Chancellerie de la Nouvelle-Écosse. Cependant, les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont jamais vu dans la nécessité un volet du critère qui permet de conclure à l'applicabilité ou à l'inapplicabilité : voir p. ex. *McDonnell c. Fédération des Franco-Colombiens* (1985), 69 B.C.L.R. 87 (C. de cté); *Deeks Sand & Gravel Co. c. The Queen*, [1953] 4 D.L.R. 255 (C.S.C.-B.). Dans *Hellens c. Densmore*, [1957] R.C.S. 768, p. 782-783, la Cour n'a pas non plus décidé d'assujettir l'applicabilité du droit reçu à un critère de nécessité.

[32] Qui plus est, apprécier la nécessité en comparant la situation en Angleterre lors de l'adoption d'une loi à la situation actuelle en Colombie-Britannique réduit indûment l'étendue des lois susceptibles d'être reçues. Si la réception tenait à la comparaison avec la situation historique très précise qui est à l'origine d'un texte législatif, presque aucune loi ne serait reçue, car la situation sociale ne saurait être la même dans les colonies qui ont vu le jour après que les structures sociales en cause eurent disparu en Angleterre : B. H. McPherson, *The Reception of English Law Abroad* (2007), p. 378.

[33] Pour illustrer cette difficulté, considérons une des lois dont les appelants reconnaissent la réception, la *Statute of Uses*, 1535, 27 Hen. 8, ch. 10. Les appelants conviennent de son application et de sa réception en Colombie-Britannique (m.a., par. 45). Or, cette loi a été adoptée afin d'empêcher le recours au *use* pour échapper à l'impôt féodal. Comme il n'y a jamais eu de régime féodal — ni de *use* d'ailleurs — en Colombie-Britannique, on peut difficilement prétendre que la *Statute of Uses* est « nécessaire » au sens où l'entendent les appelants.

basis of the appellants' own view of necessity. The test for reception cannot therefore be so narrow as to require proof of necessity as the appellants propose.

[34] It is my view that the *Law and Equity Act*, rather than requiring proof of necessity, requires that statutes be considered to be received unless they are unsuitable to local circumstances in British Columbia. A suitability test is consistent with the authorities and eliminates the need to engage in detailed historical comparisons or to speculate about the legislative intent behind a statute that was adopted hundreds of years ago. According to McPherson, the test is “whether the rule of English law can reasonably be applied or is suitable, or in its nature not unsuitable, to local needs, and not whether it would be beneficial or convenient to apply it”: pp. 373-74. Peter Hogg also discusses the common law rule for determining whether received law is applicable in terms of suitability, stating that received laws “did not include those laws that were not suited to the circumstances of the colony”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at s. 2.2(b).

(b) *As of What Date Must Applicability Be Assessed?*

[35] In my view, whether a received statute is applicable must be assessed as of the date it was received, which was November 19, 1858, in British Columbia. To accept the appellants' argument that a statute's applicability should be reassessed each time a party attempts to rely on it would be to introduce an unacceptable level of uncertainty into the law and to impose significant and unnecessary burdens on litigants. Moreover, it would be inconsistent with the approach Canadian courts have generally adopted for assessing applicability.

[36] Section 2 of the *Law and Equity Act* represents the most recent version of a codification of the common law principle of reception in British Columbia: J. C. Bouck, “Introducing English

En conséquence, la réception ne saurait être assujettie à un critère à ce point strict qu'il exige la preuve d'une telle nécessité de la loi en cause.

[34] À mon sens, la *Law and Equity Act* exige non pas qu'on prouve la nécessité d'une loi, mais bien qu'on tienne celle-ci pour reçue sauf si elle n'est pas pertinente eu égard à la situation existant en Colombie-Britannique. L'application du critère de la pertinence est conforme à la jurisprudence et rend inutiles les comparaisons historiques détaillées ou les conjectures sur l'intention qui animait le législateur lors de l'adoption d'une loi plusieurs centaines d'années auparavant. Selon McPherson, il s'agit de déterminer [TRADUCTION] « si la règle de droit anglaise peut raisonnablement répondre aux besoins du ressort, si elle est pertinente ou si elle n'est pas en soi non pertinente eu égard à ces besoins, et non s'il serait avantageux ou opportun de l'appliquer » : p. 373-374. C'est également en fonction de la pertinence que Peter Hogg se prononce sur la règle de common law relative à l'applicabilité du droit reçu; il affirme que les lois reçues [TRADUCTION] « ne comprenaient pas celles qui n'étaient pas pertinentes eu égard à la situation de la colonie » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), par. 2.2(b).

b) *À quel moment apprécier l'applicabilité?*

[35] À mon avis, il faut se prononcer sur l'applicabilité d'une loi reçue à la date de sa réception, soit le 19 novembre 1858 en Colombie-Britannique. Déterminer l'applicabilité d'une loi chaque fois qu'une partie l'invoque — ce que préconisent les appelants — entraînerait un degré d'incertitude juridique inacceptable et imposerait un fardeau à la fois lourd et inutile aux plaideurs. En outre, ce serait incompatible avec la démarche généralement suivie par les tribunaux canadiens pour se prononcer sur l'applicabilité.

[36] C'est à l'art. 2 de la *Law and Equity Act* que figure la confirmation législative la plus récente du principe de common law de la réception en Colombie-Britannique : J. C. Bouck, « Introducing

Statute Law into the Provinces: Time for a Change?” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 74, at pp. 76-77. When a common law principle is codified, there is a presumption that “its substance remains the same”: Sullivan, at p. 436. And where such a principle has been codified, it remains appropriate to refer to the common law to interpret the legislation: Sullivan, at p. 436. In interpreting s. 2 of the *Law and Equity Act*, therefore, the common law approach to the time when applicability is assessed should be considered.

[37] I accept McPherson’s view that the “balance of authority” outside the United States favours a “full inheritance” approach under which applicability is assessed once and for all as of the date of reception: pp. 374-75. However, I also agree with the modification to this approach proposed by the Privy Council in *Cooper v. Stuart* (1889), 14 App. Cas. 286, which this Court adopted in *Hellens*, to the effect that statutes that are reasonably capable of being applied are considered to be “dormant” until such time as circumstances arise that might call for their application: McPherson, at p. 376.

[38] Indeed, the British Columbia courts have clearly tended toward the view that applicability should be assessed as of 1858: see, e.g., *Sheppard v. Sheppard* (1908), 13 B.C.R. 486 (S.C.); *Re McKenzie and McKenzie* (1970), 11 D.L.R. (3d) 302 (B.C.C.A.); *Poulin*.

[39] This approach results in valuable certainty in the law, as a statute’s applicability will be assessed once, rather than on an ongoing basis. It is also respectful of the courts’ role of interpreting statutes and of the local legislatures’ role of amending them to reflect changing circumstances. The proper function of the courts is not to continually redefine the content of the received law in light of contemporary local conditions by identifying statutes that are no longer suitable.

[40] The appellants argue against this approach on the basis that the *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 7, requires that provisions expressed

English Statute Law into the Provinces : Time for a Change? » (1979), 57 *R. du B. can.* 74, p. 76-77). Lorsqu’un principe de common law est intégré à la loi, on le présume [TRADUCTION] « inchangé sur le fond » : Sullivan, p. 436. Et une fois ce principe intégré à la loi, il demeure indiqué de s’en remettre à la common law pour l’interpréter : Sullivan, p. 436. Aux fins d’interpréter l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, il faut donc tenir compte du moment auquel on doit se situer en common law pour se prononcer sur l’applicabilité d’une loi.

[37] Je conviens avec McPherson que la [TRADUCTION] « plupart des décisions » non américaines privilégient une réception « en bloc » où l’applicabilité est établie une fois pour toutes au moment de la réception : p. 374-375. Je suis toutefois d’accord avec la modification proposée à cet égard par le Conseil privé dans *Cooper c. Stuart* (1889), 14 App. Cas. 286, puis reprise par notre Cour dans *Hellens*, afin que l’on puisse tenir pour [TRADUCTION] « latente » une disposition raisonnablement susceptible de s’appliquer, et ce, jusqu’à ce qu’une situation appelle leur application : McPherson, p. 376.

[38] La plupart des décisions britannico-colombiennes sont à l’effet de déterminer l’applicabilité de la *Loi de 1731* en 1858 : voir p. ex. *Sheppard c. Sheppard* (1908), 13 B.C.R. 486 (C.S.); *Re McKenzie and McKenzie* (1970), 11 D.L.R. (3d) 302 (C.A.C.-B.); *Poulin*.

[39] Cette approche est gage de certitude juridique en ce que l’applicabilité d’une loi est établie une seule fois, et non chaque fois que la loi est invoquée. Elle tient également compte de la tâche qui incombe aux tribunaux d’interpréter les lois, et aux législatures concernées d’adapter celles-ci à l’évolution sociale. Il serait intenable que les tribunaux se prononcent sans cesse sur la teneur du droit reçu eu égard à la situation dans le ressort concerné et déterminent lesquelles des lois ne sont plus pertinentes.

[40] Selon les appelants, cette approche ne peut être retenue car l’art. 7 de l’*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, prévoit qu’une disposition

in the present tense be applied “to the circumstances as they arise”. In my view, the appellants’ approach is inconsistent with a statutory provision which codifies a principle of the common law. If a statute’s applicability were to be assessed each time a new case arose, this would amount to a change in the common law. I cannot discern any such intention in s. 2 of the *Law and Equity Act*.

(c) *Application to the 1731 Act*

[41] It seems clear from an assessment of the applicability — understood to mean suitability — of the *1731 Act* as of November 19, 1858, that this statute was not “from local circumstances inapplicable”. At that time in British Columbia, the government operated in English. Immigration to the province was coming largely from the United States as a result of the Fraser Canyon gold rush, which meant that English was the common language of settlers. Given that I have rejected the appellants’ purposive approach to the assessment of applicability, it is irrelevant that the problems the *1731 Act* was meant to address (the use of archaic languages in court proceedings) never existed in British Columbia. Nothing about the circumstances in the province would have made a rule requiring that court proceedings be conducted in English unsuitable. The *1731 Act* was therefore received into law in British Columbia and is now in force there, subject to any modifications, which I will discuss below.

(4) Has the 1731 Act Been Modified?

[42] The *1731 Act* has not been modified in respect of civil proceedings in British Columbia. It is common ground that the British Columbia legislature has not expressly repealed or modified the *1731 Act*. What remains at issue is whether the *1731 Act* has been *implicitly* modified. Although the parties to this case appear to disagree about the test for implied modification, a closer reading of the authorities reveals that both the appellants and the respondents propose a test based on the concept of occupation of the field. Applying this test, I am unable to conclude that any legislation has

formulée au temps présent s’applique [TRADUCTION] « à la situation actuelle ». Leur thèse me semble incompatible avec l’existence d’une disposition législative qui reprend un principe de common law. Exiger que l’applicabilité d’une loi soit établie dans toute affaire nouvelle équivaut à modifier la common law. Or, pareille intention n’est pas exprimée à l’art. 2 de la *Law and Equity Act*.

c) *Application à la Loi de 1731*

[41] Si l’on détermine l’applicabilité de la *Loi de 1731* au regard de sa pertinence le 19 novembre 1858, cette loi n’était manifestement pas rendue « inapplicabl[e] par la situation [en Colombie-Britannique] ». À l’époque, la province était gouvernée en langue anglaise. Comme les immigrants attirés par la ruée vers l’or dans le canyon du Fraser provenaient en grande partie des États-Unis, l’anglais était la langue commune des colons. Puisque je refuse de faire mienne l’interprétation téléologique préconisée par les appelants pour apprécier l’applicabilité, il importe peu que les problèmes auxquels visait à remédier la *Loi de 1731* (l’utilisation de langues archaïques dans les instances judiciaires) ne se soient jamais posés en Colombie-Britannique. Nulle facette de la situation dans la province ne mettait en brèche la pertinence du déroulement obligatoire des instances judiciaires en langue anglaise. La *Loi de 1731* a donc été reçue en Colombie-Britannique et elle s’applique aujourd’hui, sauf modification, ce que j’examine ci-après.

(4) La Loi de 1731 a-t-elle été modifiée?

[42] La *Loi de 1731* n’a pas été modifiée en ce qui concerne le déroulement des instances civiles en Colombie-Britannique. Les parties conviennent que la législature de la Colombie-Britannique ne l’a pas expressément abrogée ou modifiée. La seule question à trancher est donc celle de savoir si la *Loi de 1731* a été *implicitement* modifiée. Les parties ne paraissent pas s’entendre sur les conditions auxquelles on peut conclure à la modification implicite, mais une lecture attentive de la jurisprudence qu’elles invoquent révèle que tant les appelants que les intimés retiennent un critère

“occupied the field” of the *1731 Act* with respect to civil proceedings to the extent required for a finding of implied modification.

(a) *What Is the Test for Implied Modification?*

[43] The parties’ disagreement about the test for implied modification appears to centre on whether the effect of this Court’s decision in *Mercurie* is that a finding of implied repeal requires proof of conflict between the two statutes. The appellants state that the test should be whether the legislature intended to occupy the field in a fairly comprehensive fashion, regardless of whether there is an actual conflict or inconsistency. They attempt to distinguish this test from the Court’s approach in *Mercurie*. The respondents rely on *Mercurie*, as the Court of Appeal did. The respondents are of the view that *Mercurie* requires that conflict be proved before an implied repeal can be found to have taken place, and they argue that the Court of Appeal held in the case at bar that conflict is necessary. In my view, that was not the approach this Court adopted in *Mercurie*, nor was it the approach adopted by the Court of Appeal in the instant case.

[44] The test for an implied repeal as set out in *Mercurie* is that “a prior statute is repealed by implication only ‘if the entire subject-matter has been so dealt with in subsequent statutes that, according to all ordinary reasoning, the particular provisions in the prior statute could not have been intended to subsist’”: p. 265 (emphasis added; citation omitted). That is to say, an implied repeal has occurred if subsequent legislation has occupied the field to such an extent that the court can infer that the legislature intended to repeal the earlier statutes. There was no mention in *Mercurie* of a requirement to prove conflict. Both the test for implied repeal and the test for implied modification are based on the occupation of the field by subsequent legislation.

fondé sur la notion d’occupation du champ de législation. Cependant, je ne puis conclure, sur la base de ce critère, qu’une mesure législative a « occupé le champ » de la *Loi de 1731* en matière d’instances civiles dans la mesure requise pour que l’on puisse conclure à la modification implicite de cette loi.

a) *Quel critère appliquer pour déterminer s’il y a eu ou non modification implicite?*

[43] Le désaccord des parties sur le critère à appliquer au chapitre de la modification implicite semble tenir à ce que, dans l’arrêt *Mercurie*, la Cour exige ou non la preuve d’un conflit pour qu’il puisse y avoir abrogation implicite. Les appelants soutiennent qu’il faut se demander si le législateur a voulu occuper le champ de manière assez exhaustive, peu importe qu’il y ait effectivement ou non conflit ou incompatibilité. Ils tentent de distinguer cette approche de celle adoptée par la Cour dans *Mercurie*. Les intimés invoquent pour leur part *Mercurie*, à l’instar de la Cour d’appel. Ils font valoir que, selon cet arrêt, l’existence d’un conflit doit être prouvée pour que l’on puisse conclure à l’abrogation implicite. Ils ajoutent que la Cour d’appel a statué en l’espèce que l’existence d’un conflit est nécessaire. Or, selon moi, il ne s’agit ni de l’approche de la Cour dans *Mercurie*, ni de celle de la Cour d’appel en l’espèce.

[44] Le critère énoncé dans *Mercurie* établit qu’une « loi antérieure n’est abrogée implicitement que [TRADUCTION] “si tout le sujet a été traité par des lois subséquentes de telle manière que, selon tout raisonnement ordinaire, les dispositions particulières de l’ancienne loi ne pouvaient être destinées à rester en vigueur” » : p. 265 (je souligne; renvois omis). Autrement dit, il y a abrogation implicite lorsqu’une mesure législative subséquente occupe le champ dans une mesure telle que les tribunaux peuvent inférer l’intention du législateur d’abroger les dispositions antérieures. L’arrêt *Mercurie* ne fait état d’aucune obligation de prouver l’existence d’un conflit. Les critères applicables en matière d’abrogation et de modification implicites reposent tous deux sur l’occupation du champ par une mesure législative subséquente.

(b) *Is the Test for Implied Modification Met in This Case?*

[45] No legislation having the force of law in British Columbia has occupied the field of the *1731 Act* in the context of civil proceedings. To reach this conclusion, it is necessary to consider the true subject matter of the *1731 Act*, the role of the *Supreme Court Civil Rules*, the legislature's response to repeated endorsements of the *1731 Act* by the British Columbia courts, and *Charter* values.

[46] The appellants have improperly characterized the subject matter of the *1731 Act* by taking an overly general view of its scope. Their view is that the subject matter of the *1731 Act* is procedural law generally, and that in British Columbia, this field has been occupied by various statutes and rules of court. According to the appellants, this modern legislation is more detailed and specific than the *1731 Act*, and therefore has the effect of completely displacing the *1731 Act*.

[47] I am of the view that, properly characterized, the subject matter of the *1731 Act* is the language to be used in court proceedings. The *1731 Act* is focused on the issue of language. Although it refers to various procedural documents, it is not a general procedural law statute. Indeed, to say that the *Law and Equity Act* or the *Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, is more detailed or specific on the subject of language of court proceedings strains credulity, since neither of those statutes contains specific provisions on the language of court proceedings.

[48] Given that the subject matter of the *1731 Act* is the language of court proceedings, there are only two legislative provisions that might be considered to have modified that Act in respect of *civil* proceedings: Rule 22-3 of the *Supreme Court Civil Rules* and its counterpart, Rule 53 of the *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 297/2001. These rules provide that “document[s] prepared for use in the court” (Rule 22-3) and “documents prepared for

b) *Y a-t-il eu modification implicite selon le critère applicable?*

[45] Nulle mesure législative en vigueur en Colombie-Britannique n'est venue occuper le champ correspondant à la *Loi de 1731* en matière d'instances civiles. Pour arriver à cette conclusion, il faut considérer l'objet véritable de la *Loi de 1731*, le rôle des *Supreme Court Civil Rules*, la réaction du législateur face à la reconnaissance répétée de la *Loi de 1731* par les tribunaux de la Colombie-Britannique et les valeurs de la *Charte*.

[46] Les appelants prêtent une portée trop générale à la *Loi de 1731*, de telle sorte qu'ils qualifient erronément la matière visée et estiment qu'il s'agit du droit de la procédure en général, un champ occupé par diverses lois et règles judiciaires en Colombie-Britannique. Selon eux, ces mesures législatives modernes sont plus détaillées et plus précises que la *Loi de 1731*, de telle sorte qu'elles écartent cette dernière totalement.

[47] J'estime que, suivant une qualification correcte, la matière visée par la *Loi de 1731* est la langue des instances judiciaires. Cette loi est essentiellement axée sur la question de la langue. Bien qu'elle renvoie expressément à divers documents de nature procédurale, la *Loi de 1731* n'est pas une loi d'application générale en matière de procédure. En fait, il est difficile de croire que la *Law and Equity Act* ou l'*Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 124, puisse être plus détaillée ou plus précise que la *Loi de 1731* au chapitre de la langue des instances judiciaires dans la mesure où ni l'une ni l'autre ne renferment de dispositions portant précisément sur ce sujet.

[48] Étant donné que la matière visée par la *Loi de 1731* est la langue des instances judiciaires, seules deux dispositions législatives pourraient l'avoir modifiée en ce qui a trait aux instances *civiles*, à savoir l'art. 22-3 des *Supreme Court Civil Rules* et la disposition équivalente de la juridiction d'appel, l'art. 53 des *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 297/2001. Suivant ces règles, les [TRADUCTION] « document[s] préparé[s] en vue de [leur] utilisation

the use of the court” (Rule 53) must be in English. Rule 22-3 provides for a limited exception in cases in which the nature of the document renders compliance with the rule “impracticable”. In respect of *criminal* proceedings, on the other hand, there is no dispute that the *1731 Act* has been modified by s. 530 of the *Criminal Code*.

[49] Two issues arise in considering whether the rules of court in question have modified the *1731 Act*. First, can rules of court, ostensibly subordinate legislation that takes the form of a regulation, modify received statutes such as the *1731 Act*? Second, is the scope of such rules sufficient for them to displace the *1731 Act*?

[50] With respect to the first issue, I accept the appellants’ submission that British Columbia’s rules of court are considered to have the force of statute law: *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 13 B.C.L.R. 309 (S.C.); *Boleak v. Boleak*, 1999 BCCA 776, 183 D.L.R. (4th) 152, at para. 21. It is therefore conceivable that a rule of court, such as Rule 22-3 or Rule 53, could modify the *1731 Act*.

[51] I part ways with the appellants on the second issue, however, as I do not see how two rules relating to the documents used in court can be said to occupy the entire field of language for court proceedings. As I mentioned above, the *1731 Act* pertains not only to the language of documents filed in court, but also to that of judgments, orders, trials and evidence. A rule that covers only one aspect of the subject matter while remaining silent on other aspects cannot have the effect of impliedly modifying a received statute. This situation can be distinguished from the implied modification by s. 530 of the *Criminal Code*, which establishes a complete system for criminal proceedings.

[52] This conclusion is reinforced by the fact that, since 1965, British Columbia courts have repeatedly endorsed the *1731 Act* and the legislature has not

devant la cour » (art. 22-3) et les [TRADUCTION] « documents préparés en vue de leur utilisation par la cour » (art. 53) doivent l’être en anglais. Dans le premier cas, il y a exception uniquement lorsque la nature du document ne « permet pas » l’observation de la règle. Par contre, nul ne conteste que l’art. 530 du *Code criminel* a modifié la *Loi de 1731* pour ce qui est des instances *criminelles*.

[49] Deux questions se posent lorsqu’il s’agit de déterminer si les règles d’un tribunal ont modifié la *Loi de 1731*. Premièrement, ces règles — des mesures législatives clairement subordonnées et revêtant la forme d’un règlement — peuvent-elles modifier une loi reçue comme la *Loi de 1731*? Deuxièmement, leur champ d’application est-il suffisamment grand pour qu’elles écartent la *Loi de 1731*?

[50] Sur le premier point, je fais droit à la prétention des appelants selon laquelle les règles des tribunaux de la Colombie-Britannique sont assimilées à des textes législatifs quant à leurs effets : *Robitaille c. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1979), 13 B.C.L.R. 309 (C.S.); *Boleak c. Boleak*, 1999 BCCA 776, 183 D.L.R. (4th) 152, par. 21. Il est donc concevable qu’une règle d’un tribunal — l’art. 22-3 ou l’art. 53, par exemple — puisse modifier la *Loi de 1731*.

[51] Sur le deuxième point, je ne partage pas leur avis car je ne vois pas comment deux règles relatives aux documents préparés en vue de leur utilisation au procès pourraient régir le domaine de la langue des instances judiciaires en entier. Rappelons que la *Loi de 1731* porte non seulement sur la langue des documents déposés au tribunal, mais aussi sur celle des jugements, des ordonnances, des procès et des éléments de preuve. Une règle qui ne vise qu’un aspect de la matière, à l’exclusion des autres, ne peut avoir pour effet de modifier implicitement une loi reçue. Une distinction peut être faite avec la modification implicite opérée par l’art. 530 du *Code criminel*, lequel prévoit une procédure exhaustive à l’égard des instances *criminelles*.

[52] Je suis rassuré dans cette opinion par le fait que, depuis 1965, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont reconnu à maintes

intervened in this regard. The first reported case in which a court considered the *1731 Act* was *Keller*. In *Keller*, the accused was a Hungarian immigrant who had been served with documents in English. He argued that he had not received adequate notice, because he was not capable of understanding English. Harvey Co. Ct. J. relied on the *1731 Act* to conclude that the notice was sufficient. The same conclusion was reached in several subsequent decisions: *Poulin*; *Lajoie*; *R. v. Pare* (1986), 31 C.C.C. (3d) 260 (B.C.S.C.). This issue has also been considered since the enactment of s. 530 of the *Criminal Code* and the *Charter*. In 2002, in *Pelletier*, Shaw J. applied the *1731 Act* to require that a parole eligibility hearing under the “faint hope” clause in the *Criminal Code* be conducted in English.

[53] Faced with these decisions, the British Columbia legislature has, rightly or wrongly, declined to act to change the law on the language of court proceedings in the province. A bill was in fact introduced in 1971 to provide the courts with a discretion to conduct civil trials in French. The bill was never adopted, however, and during second reading, the Attorney General expressed concerns about the capacity of the court system to deal with cases in French: *Debates of the Legislative Assembly*, 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, at p. 646.

[54] My conclusion on this issue is based on an implied exclusion, or *a contrario*, argument. The legislature’s failure to act in the face of repeated endorsements of the rule reflects an acceptance of the current state of the law. Although the strength of this presumption always depends on the circumstances in which it is invoked, it seems clear, in light of the number of cases and the passage of time between them, that there was at the very least no legislative intention to modify the *1731 Act*.

reprises l’application de la *Loi de 1731* sans que le législateur n’intervienne ensuite de quelque manière. La première décision se rapporte à l’affaire *Keller*, où l’accusé — un immigrant hongrois qui s’était vu signifier des documents en anglais — avait prétendu ne pas avoir reçu un avis suffisant parce qu’il ne comprenait pas la langue de rédaction des documents. Le juge Harvey, de la cour de comté, s’est appuyé sur la *Loi de 1731* pour conclure au caractère suffisant de l’avis. La même conclusion a été tirée dans quelques autres décisions subséquentes : *Poulin*; *Lajoie*; *R. c. Pare* (1986), 31 C.C.C. (3d) 260 (C.S.C.-B.). Les tribunaux se sont aussi penchés sur cette question depuis l’adoption de la *Charte* et de l’art. 530 du *Code criminel*. En 2002, dans *Pelletier*, le juge Shaw a appliqué la *Loi de 1731* pour statuer que l’audition de la demande de réduction du délai préalable à une demande de libération conditionnelle fondée sur la disposition du *Code criminel* dite du « faible espoir » devait se tenir en langue anglaise.

[53] Au vu de ces décisions, la législature de la Colombie-Britannique, à tort ou à raison, n’a pas modifié les dispositions relatives à la langue des instances judiciaires dans la province. Toutefois, en 1971, un projet de loi a été déposé afin de conférer aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de tenir un procès civil en français. Le projet n’a cependant jamais été adopté. D’ailleurs, en deuxième lecture, le procureur général avait exprimé des doutes sur la possibilité que l’appareil judiciaire puisse entendre des affaires en français : *Debates of the Legislative Assembly*, 2^e sess., 29^e lég., 10 mars 1971, p. 646.

[54] Ma conclusion sur ce point repose sur le raisonnement *a contrario* ou sur l’absence présumée d’intention. L’omission du législateur d’agir après les nombreuses reconnaissances de l’application de la *Loi de 1731* témoigne de son acceptation de l’état actuel du droit. Bien que la valeur de cette présomption dépende toujours des circonstances dans lesquelles elle est invoquée, il semble évident, compte tenu du nombre de décisions et de la période de temps pendant laquelle elles ont été rendues, que le législateur n’a pas eu l’intention de modifier la *Loi de 1731*.

[55] Finally, the appellants urge this Court to adopt an approach to these issues based on *Charter* values and constitutional principles. The appellants argue that the *Charter* requires that legislation, including received legislation, be interpreted in a manner consistent with *Charter* values. The Court has of course repeatedly noted the role that *Charter* values play in the evolution of the common law and in statutory interpretation: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477. The *Charter* explicitly provides that English and French are the official languages of Canada: s. 16. The Court has also recognized the important role of linguistic minorities in Canada: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 79.

[56] However, the *Charter* also reflects a recognition that Canada is a federation and that each province has a role to play in the protection and advancement of the country's official languages. This is evident from ss. 16 to 20, which require bilingualism in the federal government, in Parliament, in courts established by Parliament, and in the province of New Brunswick. The *Charter* does not require any province other than New Brunswick to provide for court proceedings in both official languages. In addition, s. 16(3) provides that the legislatures may act to advance the use of English and French. In my view, therefore, while it is true that the *Charter* reflects the importance of language rights, it also reflects the importance of respect for the constitutional powers of the provinces. Federalism is one of Canada's underlying constitutional principles: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 55-60. Thus, it is not inconsistent with *Charter* values for the British Columbia legislature to restrict the language of court proceedings in the province to English.

[57] This being said, in light of s. 16(3) of the *Charter*, which specifically provides that provincial legislatures may advance the equality of status of English and French, it would be open to the British

[55] Enfin, les appelants demandent à la Cour de se prononcer sur l'impact en l'espèce des valeurs de la *Charte* et des principes constitutionnels. Selon eux, l'existence de la *Charte* fait en sorte qu'une loi, y compris une loi reçue, doit être interprétée conformément aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*. La Cour a évidemment souligné à maintes reprises le rôle des valeurs de la *Charte* dans l'évolution de la common law et dans l'interprétation des lois : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477. La *Charte* établit expressément que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada : art. 16. La Cour a reconnu également l'importance des minorités linguistiques au Canada : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 79.

[56] Par contre, la *Charte* reconnaît aussi que le Canada est une fédération et que toutes les provinces participent à la défense et à la promotion des langues officielles du pays. C'est ce qui ressort des art. 16 à 20, qui exigent le bilinguisme au sein du gouvernement, au Parlement et dans les tribunaux fédéraux, ainsi que dans la province du Nouveau-Brunswick. La *Charte* n'oblige aucune province, sauf le Nouveau-Brunswick, à assurer le déroulement des instances judiciaires dans les deux langues officielles. De plus, le par. 16(3) dispose que les législatures peuvent prendre des mesures pour promouvoir l'usage du français et de l'anglais. Je suis donc d'avis que, même si elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces. Le fédéralisme fait partie des principes qui sous-tendent la Constitution : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 55-60. Il n'est donc pas contraire aux valeurs de la *Charte* que la législature de la Colombie-Britannique décide que les instances judiciaires se déroulent uniquement en langue anglaise dans cette province.

[57] Cela dit, comme le par. 16(3) de la *Charte* établit expressément que les législatures provinciales peuvent favoriser la progression vers l'égalité de statut du français et de l'anglais,

Columbia legislature to enact legislation, like that proposed in 1971, to authorize civil proceedings in French. Such legislation would no doubt further the values embodied in s. 16(3), which protects legislative initiatives intended to increase the equality of the official languages but does not, as this Court has already held, confer any rights. However, given the absence of any such initiative by the British Columbia legislature, it is not possible for this Court to impose one on it.

B. *What Is the Effect of Rule 22-3?*

[58] Even if the *1731 Act* were not applicable to British Columbia or if it had been modified, Rule 22-3 of the *Supreme Court Civil Rules* requires that exhibits attached to affidavits and filed in court be in English. The respondents advanced this as an alternative argument, and it was accepted by both of the courts below. Rule 22-3(2) states:

- (2) Unless the nature of the document renders it impracticable, every document prepared for use in the court must be in the English language, legibly printed, typewritten, written or reproduced on 8 1/2 inch x 11 inch durable white paper or durable off-white recycled paper.

[59] Although the appellants argue that the exhibits attached to the affidavits were not prepared for use in court, because they were prepared in the usual course of their business, it is my view that once the exhibits were attached to the affidavits, they became part of a document prepared for use in court. It cannot be possible to circumvent the rule by moving information on which a party seeks to rely from the body of the affidavit into an exhibit. If the appellants wish to rely on the content of the exhibits, as opposed to their existence or their authenticity, the exhibits must comply with the rule, since an exhibit that is relied upon for its content is effectively incorporated into the affidavit.

la législature de la Colombie-Britannique pourrait très bien adopter une loi similaire à celle proposée en 1971 afin que les instances civiles puissent se dérouler en langue française. Nul doute qu'une telle loi serait de nature à promouvoir les valeurs consacrées au par. 16(3) de la *Charte*, lequel permet l'adoption de mesures législatives de nature à accroître l'égalité des langues officielles, mais ne confère pas — comme l'a déjà dit la Cour — de droits à cet égard. Or, puisque la législature de la Colombie-Britannique n'a pas adopté pareilles mesures législatives, la Cour ne peut lui en imposer une.

B. *Quel est l'effet de l'art. 22-3?*

[58] Même si la *Loi de 1731* ne s'appliquait pas en Colombie-Britannique ou qu'elle avait été modifiée, l'art. 22-3 des *Supreme Court Civil Rules* prescrit que toute pièce jointe à un affidavit et déposée au tribunal est préparée en anglais. C'est ce que font valoir à titre subsidiaire les intimés, et les deux juridictions inférieures leur donnent raison. Voici le texte du par. 22-3(2) :

[TRANSDUCTION]

- (2) Sauf lorsque leur nature ne le permet pas, les documents préparés en vue de leur utilisation devant la cour doivent l'être en anglais, et imprimés, dactylographiés, écrits à la main ou reproduits lisiblement sur du papier blanc durable ou blanc cassé durable recyclé de 8 1/2 po sur 11 po.

[59] Les appelants soutiennent que les pièces jointes aux affidavits n'ont pas été préparées en vue de leur utilisation devant la cour, car elles l'ont été dans le cours normal de leurs activités. À mon avis, toutefois, une fois jointes aux affidavits, elles faisaient partie de documents préparés en vue de leur utilisation devant la cour. Il ne saurait être possible à une partie de contourner la règle en faisant passer de l'affidavit à une pièce jointe les données qu'elle veut invoquer. Si les appelants veulent se fonder sur la teneur d'une pièce, et non sur son existence ou son authenticité, celle-ci doit respecter la règle, car la pièce dont la teneur est invoquée est en fait intégrée à l'affidavit.

[60] This is different from the case of documents produced in the discovery process. The appellants argue that because Rule 22-3 does not require documents produced on discovery to be translated, the same should be true for documents introduced as evidence. The appellants rely on two cases in which it was held that discovery documents do not need to be translated: *Han v. Cho*, 2008 BCSC 1208, 88 B.C.L.R. (4th) 193; *Bilfinger Berger (Canada) v. Greater Vancouver Water District*, 2010 BCSC 1104 (CanLII). In my view, those cases are inapplicable, since documents exchanged on discovery are not prepared for use in court. Indeed, it is quite possible that such documents will never find their way into a court file. Discovery documents are not filed with the court, but simply pass from one party to another. Moreover, in both of the cases cited by the appellants, the judge acknowledged that if any of the discovery documents were to be used in court, they would have to be translated: *Han*, at para. 14; *Bilfinger*, at para. 18.

[61] However, Rule 22-3 does introduce a certain discretion to admit documents that do not comply with the rule if their nature would render compliance “impracticable”. The word “document” is defined in the rules to include photographs, films, sound recordings and “information recorded or stored by means of any device”: Rule 1-1(1). Rule 22-3 requires not only that documents be in English, but also that they be “legibly printed, typewritten, written or reproduced on 8 1/2 inch x 11 inch durable white paper or durable off-white recycled paper”. In light of the expanded definition of “document”, it seems clear that the impracticability exception was intended to apply to items such as photographs, films, receipt books or business ledgers, to which the formatting requirements cannot logically apply.

[60] Il en va autrement des documents échangés dans le cadre de la communication préalable. Les appelants soutiennent que, l’art. 22-3 n’exigeant pas la traduction des documents alors échangés, le résultat est le même pour les documents déposés en preuve. Ils citent à l’appui deux décisions selon lesquelles il n’est pas nécessaire de traduire un document échangé lors de la communication préalable : *Han c. Cho*, 2008 BCSC 1208, 88 B.C.L.R. (4th) 193; *Bilfinger Berger (Canada) c. Greater Vancouver Water District*, 2010 BCSC 1104 (CanLII). À mon sens, ces décisions ne s’appliquent pas en l’espèce, car les documents échangés lors de la communication préalable ne sont pas préparés en vue de leur utilisation devant la cour. Effectivement, il se peut fort bien que les documents ne soient jamais versés au dossier; ils ne sont pas déposés devant le tribunal, mais simplement échangés entre les parties. Qui plus est, dans chacune des deux décisions précitées, la juge reconnaît que si l’un ou l’autre des documents échangés lors de la communication préalable devait être utilisé devant le tribunal, il faudrait le traduire : *Han*, par. 14; *Bilfinger*, par. 18.

[61] Cependant, l’art. 22-3 accorde au tribunal un certain pouvoir discrétionnaire d’accepter un document non conforme lorsque la nature du document ne [TRADUCTION] « permet pas » l’observation de la règle. Selon la définition figurant dans les règles, un « document » s’entend notamment de « données enregistrées ou conservées au moyen de quelque dispositif », y compris une photographie, un film ou un enregistrement sonore : par. 1-1(1). L’article 22-3 exige non seulement que les documents soient préparés en anglais, mais aussi qu’ils soient « imprimés, dactylographiés, écrits à la main ou reproduits lisiblement sur du papier blanc durable ou blanc cassé durable recyclé de 8 1/2 po sur 11 po ». Le terme « document » étant défini largement, il semble évident que l’exception liée à sa nature est censée viser, par exemple, une photographie, un film, un carnet de reçus ou un registre, soit des articles auxquels les exigences de présentation ne peuvent logiquement s’appliquer.

[62] Where, as in the instant case, the documents at issue are written in French, it is clear that there is nothing inherent in them that would render it impracticable to have them translated into English. As the chambers judge found that there was “no basis upon which I can hold that the nature of the documents exhibited to the affidavits in this case renders it impracticable that they be translated into the English language” (para. 58), I do not accept that the large volume of documents in question can change “the nature of the documents” so as to render compliance with the rule impracticable.

[63] There is no doubt that the British Columbia Supreme Court has the inherent jurisdiction and discretion to fulfill its judicial function, but as this Court noted in *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 32, they are subject to the requirement that the court exercise them without contravening any statutory provision. In the case at bar, Rule 22-3 limits the court’s discretion to admit documents in languages other than English. The court can exercise this discretion only if the criterion of “impracticab[ility]” discussed above is satisfied. Only those documents whose nature renders compliance with the rule impracticable can be admitted.

V. Disposition

[64] Although costs are usually awarded to the successful party, there are exceptions. In this case, the appellants have raised a novel issue in the context of a broader *Charter* challenge, and for that reason I would award them their costs.

[65] I would therefore dismiss the appeal with costs throughout to the appellants.

[62] Lorsque, comme dans la présente affaire, les documents en cause sont rédigés en français, leur nature n’empêche manifestement pas leur traduction en anglais. Comme le conclut le juge en chambre, [TRADUCTION] « aucun élément ne justifie de conclure que la nature des documents joints aux affidavits ne permet pas leur traduction en anglais » (par. 58). Je ne puis convenir que l’ampleur des documents considérés peut modifier leur « nature » de manière à ne pas permettre l’observation de la règle.

[63] La Cour suprême de la Colombie-Britannique est assurément dotée de la compétence inhérente et du pouvoir discrétionnaire voulus pour remplir sa fonction judiciaire, mais comme le fait remarquer la Cour dans *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 32, elle doit les exercer sans enfreindre quelque disposition législative. Dans la présente affaire, l’art. 22-3 limite le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’admettre en preuve des documents préparés dans une autre langue que l’anglais. Ce pouvoir discrétionnaire ne doit être exercé que lorsque s’applique l’exception susmentionnée liée à la nature du document, de sorte que seul pourra être accepté le document non conforme dont la nature ne « permet pas » l’observation de la règle.

V. Dispositif

[64] Les dépens sont habituellement accordés à la partie qui a gain de cause, mais il existe des exceptions. En l’espèce, les appelants ont soulevé une question nouvelle dans le cadre d’une contestation de portée générale fondée sur la *Charte*. Pour cette raison, je suis d’avis de leur accorder les dépens devant toutes les cours.

[65] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours aux appelants.

The reasons of LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

I. Introduction

[66] Section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gave life to the Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (the “Conseil”), a French language school board. The Conseil was created by statute passed by the British Columbia legislature pursuant to s. 23 *Charter* rights of the French-speaking residents of the province. In the course of its daily functions, the Conseil created internal documents in French regarding its mandate, vision, activities, policies, and procedures. These documents represent artifacts of the Conseil’s right to exist under s. 23 of the *Charter* and are direct expressions of the linguistic duality of Canada.

[67] The Conseil, along with a federation of Francophone parents, sought to file these documents, in their original French form, in the British Columbia Supreme Court as exhibits supporting its claim of standing in litigation against the Province of British Columbia. The underlying litigation alleges the violation of French language education rights as guaranteed by s. 23 of the *Charter*. The Conseil asked the court to exercise its judicial discretion to permit these documents to be admitted as evidence on the standing motion.

[68] The courts below concluded that an English statute from 1731, received into British Columbia law, precludes the admission of exhibits in any language but English and that there was no judicial discretion to consider whether to accept documents written in French. The majority of this Court agrees.

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Karakatsanis rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

I. Introduction

[66] Le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (le « Conseil »), un conseil scolaire de langue française, doit son existence à l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Conseil a été créé par une loi adoptée par l’assemblée législative de la Colombie-Britannique en vertu des droits que garantit cette disposition de la *Charte* aux résidents francophones de la province. Dans le cours de ses activités quotidiennes, le Conseil a créé divers documents internes en français concernant son mandat, sa vision, ses opérations, ses politiques et ses procédures. Ces documents témoignent concrètement du droit d’exister du Conseil en vertu de l’art. 23, et représentent des manifestations directes de la dualité linguistique canadienne.

[67] Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le Conseil, de concert avec une fédération de parents francophones, a voulu déposer ces documents, dans leur version originale française, comme pièces au soutien de sa prétention selon laquelle il a qualité pour agir dans une action intentée contre la province de la Colombie-Britannique. Cette action reproche la violation des droits à l’instruction en français garantis par l’art. 23 de la *Charte*. Le Conseil a demandé au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’autoriser l’admission en preuve des documents en question dans le cadre de la requête relative à la qualité pour agir.

[68] Les juridictions inférieures ont conclu qu’une loi anglaise de 1731, reçue dans le droit de la Colombie-Britannique, interdit l’admission en preuve de pièces préparées dans toute autre langue que l’anglais, et qu’il n’existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant aux tribunaux de décider s’il y a lieu ou non d’accepter des documents rédigés en français. La majorité de notre Cour souscrit à ces conclusions.

[69] With respect, and for the reasons that follow, I do not accept that either the received 1731 English statute — *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26 (the “1731 Act”) — or the *British Columbia Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009 (“*Civil Rules*”), preclude a superior court judge from accepting as exhibits documents that were prepared in French in the course of business well before litigation was contemplated. I conclude that the British Columbia legislature has not ousted the inherent jurisdiction of the courts to do so.

[70] In the absence of a clear legislative prohibition ousting the court’s inherent jurisdiction to accept such documents and admit them into evidence, the motion judge should be permitted to consider and decide whether to do so. I would allow the appeal and remit the matter back to the B.C. Supreme Court.

II. Analysis

[71] Although this motion arises in the context of a language rights trial, the legal issue is narrow: Does any legislation in force in British Columbia preclude a superior court in that province from exercising its inherent jurisdiction to admit exhibits in French?

A. *Courts Have Inherent Jurisdiction to Fulfil Their Judicial Functions*

[72] Inherent jurisdiction was described by this Court in *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24:

[69] Avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, et pour les motifs qui suivent, je ne puis accepter que la loi anglaise de 1731 reçue dans le droit provincial — *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.-B.), 1731, 4 Geo. II, ch. 26 (la « *Loi de 1731* ») — ou encore les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009 (les « *Règles civiles* »), de la Colombie-Britannique ont pour effet d’empêcher un juge d’une cour supérieure d’admettre comme pièces des documents qui ont été préparés en français dans le cours d’activités courantes, bien avant qu’un litige ait été envisagé. Je conclus que le législateur de la Colombie-Britannique n’a pas écarté la compétence inhérente dont disposent les tribunaux pour le faire.

[70] En l’absence d’une prohibition législative claire écartant la faculté pour le tribunal d’exercer sa compétence inhérente d’accepter de tels documents et de les admettre en preuve, le juge saisi de la requête devrait être autorisé à examiner la question et à décider s’il y a lieu ou non de le faire. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à la Cour suprême de la C.-B.

II. Analyse

[71] Bien que la requête en cause ait été présentée dans le contexte d’un procès relatif aux droits linguistiques, la question juridique qui se pose est toutefois pointue : existe-t-il, en Colombie-Britannique, une loi en vigueur qui empêche une cour supérieure de cette province d’exercer sa compétence inhérente et d’admettre des pièces en français?

A. *Les tribunaux disposent d’une compétence inhérente dans l’exercice de leurs fonctions judiciaires*

[72] Cette compétence inhérente a été décrite ainsi par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24 :

The inherent jurisdiction of the provincial superior courts, is broadly defined as “a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so”: I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 51. These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner” (p. 28).

[73] While the specific exercise of inherent jurisdiction may be ousted by applicable and relevant legislation, the power is otherwise broad and supplementary. As Jacob writes:

The inherent jurisdiction of the court may be exercised in any given case, notwithstanding that there are Rules of Court governing the circumstances of such case. The powers conferred by Rules of Court are, generally speaking, additional to, and not in substitution of, powers arising out of the inherent jurisdiction of the court. The two heads of powers are generally cumulative, and not mutually exclusive, so that in any given case, the court is able to proceed under either or both heads of jurisdiction.

(I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 25)

[74] There is no real dispute that a B.C. superior court may exercise its inherent jurisdiction to receive documents written in French as evidence unless prohibited by law. At para. 32 of *Caron*, this Court cited Jacob (at p. 24): “. . . the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision” (emphasis deleted).

[75] The question before us is whether any applicable legislation ousts a superior court’s inherent jurisdiction to consider whether to admit exhibits in French, in order to fulfil the judicial

La compétence inhérente des cours supérieures provinciales est largement définie comme étant [TRADUCTION] « une source résiduelle de pouvoirs, à laquelle la Cour peut puiser au besoin lorsqu’il est juste ou équitable de le faire » : I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 51. Ces pouvoirs émanent « non pas d’une loi ou d’une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (Jacob, p. 27) pour permettre « de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (p. 28).

[73] Bien que l’exercice de la compétence inhérente puisse être écarté à l’égard d’un aspect précis par une loi applicable et pertinente, il s’agit par ailleurs d’un pouvoir large et complémentaire. Comme a écrit I. H. Jacob :

[TRADUCTION] La compétence inhérente du tribunal peut être exercée dans toute situation donnée, malgré l’existence de règles de procédure régissant une telle situation. En règle générale, les pouvoirs conférés par les règles de procédure s’ajoutent aux pouvoirs découlant de la compétence inhérente du tribunal. Ils ne les remplacent pas. Ces deux pouvoirs sont généralement cumulatifs et ne s’excluent pas l’un l’autre. Par conséquent, dans une situation donnée, le tribunal est en mesure d’agir en vertu de l’un ou l’autre de ces pouvoirs, ou des deux.

(I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 25)

[74] Personne ne conteste vraiment qu’une cour supérieure de la C.-B. puisse exercer sa compétence inhérente et admettre en preuve des documents rédigés en français, à moins que la loi ne l’interdise. Au paragraphe 32 de l’arrêt *Caron*, notre Cour a cité les propos suivants de I. H. Jacob (à la p. 24) : [TRADUCTION] « . . . la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l’égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu’elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative » (soulignement omis).

[75] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir s’il existe une loi applicable écartant la faculté de la cour supérieure d’exercer sa compétence inhérente pour décider s’il y a lieu

function of administering justice according to law in a regular, orderly, and effective manner.

B. *Does the 1731 Act Preclude or Limit the Exercise of Inherent Jurisdiction to Admit a Document Written in French Into Evidence?*

(1) Does the 1731 Act Address the Language in Which Exhibits Shall Be Tendered?

[76] In 1867, before British Columbia joined Confederation, the existing colonial legislature stipulated that the laws in force in England on November 19, 1858, would be considered to be in force in the nascent colony under *The English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 7. Subsequent legislative amendments by the provincial legislature reconfirmed the reception of English law on that date (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at s. 2.5(c); J. E. Cote, “The Reception of English Law” (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 29, at p. 91).¹

[77] The *1731 Act*, which requires that court proceedings be conducted in English, is one of many thousands of statutes “received” in British Columbia pursuant to s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, which currently reads:

. . . the Civil and Criminal Laws of England, as they existed on November 19, 1858, so far as they are not from local circumstances inapplicable, are in force in British Columbia, but those laws must be held to be modified and altered by all legislation that has the force of law in British Columbia or in any former Colony comprised within its geographical limits.

¹ The legislation formally receiving English law has been re-enacted and amended several times. The most recent version is the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, which continues the formal reception of English laws from the same date — November 19, 1858.

d’admettre ou non des pièces en français afin de s’acquitter de sa fonction judiciaire, à savoir rendre justice dans le respect de la loi et d’une manière régulière, ordonnée et efficace.

B. *La Loi de 1731 a-t-elle pour effet d’interdire ou de limiter l’exercice par les tribunaux de leur compétence inhérente afin d’admettre en preuve des documents rédigés en français?*

(1) La Loi de 1731 traite-t-elle de la langue dans laquelle les pièces doivent être déposées?

[76] En 1867, avant l’entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération, l’assemblée législative de la colonie a précisé, dans *The English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 7, que les lois en vigueur en Angleterre le 19 novembre 1858 seraient considérées en vigueur dans la colonie naissante. Des modifications législatives subséquentes apportées par le législateur provincial ont reconfirmé l’introduction de la législation anglaise à cette date (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), par. 2.5(c); J. E. Cote, « The Reception of English Law » (1977), 15 *Alta. L. Rev.* 29, p. 91)¹.

[77] La *Loi de 1731*, qui exige que les instances judiciaires se déroulent en anglais, fait partie des milliers de lois « reçues » en Colombie-Britannique conformément à l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, lequel est rédigé ainsi :

[TRADUCTION] . . . les lois civiles et criminelles d’Angleterre en vigueur le 19 novembre 1858 s’appliquent en Colombie-Britannique, à condition de ne pas être rendues inapplicables par la situation dans cette province et elles doivent être tenues pour modifiées par toute mesure législative adoptée en Colombie-Britannique ou dans toute ancienne colonie située à l’intérieur de ses limites géographiques.

¹ La loi qui a reçu officiellement les lois anglaises a été rééditée et modifiée à plusieurs reprises. Sa plus récente version est la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, qui maintient la réception officielle des lois anglaises à partir de la même date, soit le 19 novembre 1858.

[78] I agree with the majority's view that the *1731 Act* was not "from local circumstances in-applicable" in colonial British Columbia upon its reception.

[79] In my view, the central interpretive question is whether the *1731 Act* addresses a language requirement for the exhibits that the appellant seeks to admit in French.

[80] Statutory interpretation usually requires an understanding of the ordinary words, in the context of the entire legislation, to determine the intention of the legislature. This is more difficult in the case of a received statute such as the *1731 Act*, as it represents the English legislator's will in legislating for a particular mischief in eighteenth century England. The specific terms of the *1731 Act* did not represent the response of the B.C. legislature to conditions in the province; as Hogg notes, "[t]he only function of received law was to ensure that there was no vacuum of law in the colony" (s. 2.6).

[81] The *1731 Act's* origins, precise meaning and scope remain shrouded in antiquity. Furthermore, it is difficult to apply the *1731 Act* to modern day proceedings. It was enacted to address court procedures in another realm in another time.

[82] The *1731 Act* states that proceedings are to be conducted in English. With respect to the contrary view of Wagner J., however, this is not the end of the inquiry. The purpose behind the enactment appears to have been an access to justice measure such that ordinary people could understand the administration of justice, abolishing the use of foreign languages and requiring proceedings to be conducted in the language of the realm.

[78] Je souscris à l'opinion de la majorité selon laquelle la *Loi de 1731* n'était pas « inapplicable par la situation » en Colombie-Britannique au moment de sa réception.

[79] À mon avis, la question fondamentale d'interprétation qui se pose est celle de savoir si la *Loi de 1731* établit des exigences linguistiques applicables aux pièces dont l'appelant sollicite l'admission dans leur version originale française.

[80] Afin de dégager l'intention du législateur, le tribunal appelé à interpréter une loi doit habituellement analyser les mots utilisés dans celle-ci, et ce, suivant leur sens ordinaire et eu égard au contexte de la loi dans son ensemble. Cette tâche se révèle d'autant plus difficile dans le cas d'une loi reçue telle la *Loi de 1731*, du fait qu'elle représente la volonté du législateur anglais de légiférer à l'égard d'une injustice particulière dans l'Angleterre du dix-huitième siècle. En effet, les dispositions précises de la *Loi de 1731* ne constituaient pas la réponse du législateur de la C.-B. à des conditions qui existaient dans la province; comme l'a indiqué le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [L]a réception du droit avait uniquement pour fonction de faire en sorte qu'il n'y ait aucun vide juridique dans la colonie » (par. 2.6).

[81] Les origines de la *Loi de 1731*, son sens précis ainsi que sa portée demeurent obscurs en raison de l'âge de ce texte. De plus, il est difficile d'appliquer cette loi aux instances contemporaines. En effet, elle a été édictée pour régir les procédures judiciaires dans un autre lieu et à une autre époque.

[82] La *Loi de 1731* précise que les instances doivent se dérouler en anglais. Cependant, avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Wagner, cette constatation ne met pas fin à l'analyse. Il semble que cette mesure ait eu pour objet de faciliter l'accès à la justice, en décrétant que celle-ci serait administrée dans une langue que les gens ordinaires pouvaient comprendre. Pour ce faire, elle abolissait l'utilisation des langues étrangères et exigeait que les instances se déroulent dans la langue du royaume.

[83] On my reading, however, the prohibition on foreign languages in “proceedings” — no matter how broadly “proceedings” is defined — would not necessarily preclude the tendering or receipt of *physical evidence* or a document as *original evidence* in a language other than English, for example, in order to prove authenticity or intention or a position taken at the time the document was written. Furthermore, while there is an extensive list of items to which the *1731 Act* refers, it does not refer to exhibits in particular or to evidence in general. Finally, the scope of application of the *1731 Act* itself is not clear. For one, the *1731 Act* did not apply universally to the courts of equity. Thus, while the *1731 Act* says that “proceedings” are to be conducted in English, and certain enumerated legal documents — prepared by counsel for the proceedings — are to be submitted only in English, nothing on the face of the *1731 Act* specifically addresses the language of exhibits filed as evidence. There is nothing explicit in the statute that prohibits filing a document written in another language even if the oral evidence is in English, or translated into English.

[84] As noted by Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 133, inherent jurisdiction can only be ousted by clear and precise statutory language. Thus, any uncertainty resolves in favour of the court’s inherent jurisdiction to control its processes for an orderly and fair trial. As a result, I conclude that the *1731 Act* does not preclude the exercise of inherent jurisdiction to allow pre-existing non-litigation documents originally written in French to be filed as exhibits.

- (2) Must the *1731 Act* Be Held “To Be Modified and Altered by All Legislation That Has the Force of Law in British Columbia”?

[85] Given my conclusion on the scope of the *1731 Act*, it is not necessary in this case to consider

[83] Selon l’interprétation que j’en fais, toutefois, la prohibition contre l’usage de langues étrangères dans les « *proceedings* » (« instances ») — aussi largement qu’on puisse définir le terme « *proceedings* » — n’empêche pas forcément le dépôt ou l’admission, comme élément de preuve « original », d’un *élément de preuve matériel* dans une autre langue que l’anglais, par exemple un document, pour prouver son authenticité, l’intention de son auteur ou une position adoptée au moment où le document en question a été rédigé. De plus, bien que la *Loi de 1731* fasse état d’un grand nombre d’éléments, elle ne parle pas des pièces en particulier ou de la preuve en général. Enfin, le champ d’application de la *Loi de 1731* n’est pas évident. Signalons d’abord que cette loi ne s’appliquait pas universellement aux tribunaux d’équité. Ainsi, même si la *Loi de 1731* indique que les « instances » doivent se dérouler en anglais, et que certains documents juridiques énumérés — préparés par l’avocat pour l’instance — doivent être soumis en anglais seulement, le texte de cette loi ne traite pas expressément de la langue des pièces déposées en preuve. Rien dans la loi n’interdit explicitement le dépôt d’un document rédigé dans une autre langue, même si les témoignages sont soit présentés en anglais soit traduits dans cette langue.

[84] Comme l’ont indiqué les juges Cory, Iacobucci et Bastarache dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 133, la compétence inhérente des tribunaux ne peut être écartée que par un texte de loi clair et précis. Par conséquent, toute incertitude doit être résolue en faveur de l’exercice par le tribunal de sa compétence inhérente à l’égard de la gestion de sa procédure, en vue d’assurer un procès ordonné et équitable. Je conclus donc que la *Loi de 1731* n’empêche pas le tribunal d’exercer sa compétence inhérente pour autoriser le dépôt comme pièces de documents qui ont été rédigés en français et qui existaient avant le litige.

- (2) La *Loi de 1731* doit-elle être tenue pour « modifiée par toute mesure législative adoptée en Colombie-Britannique »?

[85] Vu ma conclusion sur la portée de la *Loi de 1731*, il n’est pas nécessaire en l’espèce de

whether the Act has been “modified and altered by all legislation that has the force of law in British Columbia”, as provided in s. 2 of the *Law and Equity Act*. However, I do not agree with the majority’s approach to this issue.

[86] Wagner J. concludes that the test for implied repeal in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, requires the court to determine whether subsequent legislation has “occupied the field” such that courts can infer a legislative intention to repeal the earlier statute; and that both the test for implied repeal and the test for implied alteration or modification are based on occupation of the field by subsequent legislation. He examines whether the B.C. legislature has enacted legislation covering “the entire field of language for court proceedings” (para. 51).

[87] I do not agree. In my view, the British Columbia Court of Appeal erred in applying too strict a test to determine whether statutes that were enacted by a domestic legislature have implicitly repealed the received law (2012 BCCA 282, 34 B.C.L.R. (5th) 35). Under s. 2 of the *Law and Equity Act*, it is not only a question of whether subsequent legislation has *repealed* the received law, but rather to what extent the contents of the received law have been *modified or altered* by current statutory provisions.

[88] In my view, the strict test for whether any legislation has “occupied the entire field” in order to find modification or alteration of the *1731 Act*, as applied by the majority, is misplaced and too onerous in light of the specific provisions of s. 2 of the *Law and Equity Act*. While it is true that the B.C. legislature has never directly addressed the provisions of the *1731 Act*, s. 2 of the *Law and Equity Act* asks whether the law itself “must be held to be” modified and altered by subsequent legislation that addresses the contents of the received law. This is not a question of repeal, directly or indirectly. Rather, it is a matter of interpretation requiring judicial determination.

se demander si cette loi a été [TRADUCTION] « modifiée par toute mesure législative adoptée en Colombie-Britannique », suivant les termes de l’art. 2 de la *Law and Equity Act*. Toutefois, je tiens à exprimer mon désaccord à l’égard de l’approche retenue par la majorité sur cette question.

[86] Le juge Wagner conclut que, selon le critère de l’abrogation implicite énoncé dans *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, le tribunal doit déterminer si une loi subséquente « occupe le champ » en cause dans une mesure telle que les tribunaux peuvent en inférer que le législateur entendait abroger la loi antérieure. Il conclut également que tant le critère de l’abrogation implicite que celui de la modification implicite reposent sur l’occupation du champ par une mesure législative subséquente. Il se demande si le législateur de la C.-B. a édicté une loi régissant « le domaine de la langue des instances judiciaires en entier » (par. 51).

[87] Je ne peux me rallier à cette conclusion. À mon sens, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en appliquant un critère trop strict pour décider si des lois édictées par un législateur provincial ont implicitement abrogé le droit reçu (2012 BCCA 282, 34 B.C.L.R. (5th) 35). Suivant l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, il ne s’agit pas tant de savoir si la règle de droit reçue a été *abrogée* par une loi subséquente, mais plutôt dans quelle mesure le contenu de cette règle a été *modifié* par des dispositions législatives en vigueur.

[88] J’estime que, tel qu’il a été appliqué par la majorité, le critère strict visant à déterminer si un texte de loi « régit le domaine en entier » et si, de ce fait, il y a eu modification de la *Loi de 1731*, est inapproprié en l’espèce et trop exigeant, compte tenu des dispositions précises de l’art. 2 de la *Law and Equity Act*. Bien qu’il soit vrai que le législateur de la C.-B. n’a jamais légiféré directement à l’égard des dispositions de la *Loi de 1731*, il faut se demander, aux termes de l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, si la loi en cause « doi[t] être tenu[e] pour » modifiée par une loi subséquente portant sur l’objet de la règle de droit reçue. Il ne s’agit pas d’une question d’abrogation, directe ou indirecte, mais plutôt d’une question d’interprétation devant être tranchée par les tribunaux.

[89] The *1731 Act* has been clearly modified, for example, by ss. 530 and 530.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which permit French proceedings for criminal trials. As far as the language of civil proceedings, the *1731 Act* has not been *explicitly* modified or altered by legislation that has the force of law in British Columbia. However, that still leaves the question of whether it has been *implicitly* modified by current legislation such as the quasi-constitutional *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), which recognizes French as an official language of Canada, or by the official language rights enshrined in the *Charter* and their underlying values. I would not foreclose the possibility that these important enactments have modified or altered the *1731 Act*, allowing courts to exercise their inherent discretion to permit the use of French not only in exhibits, but also in aspects of court proceedings beyond the scope of this appeal.

C. *Does Any British Columbia Legislation Preclude the Exercise of Inherent Jurisdiction to Accept French Documents Into Evidence?*

[90] The *Civil Rules* regulate the court proceedings in the instant case.

[91] The *Civil Rules* define “proceeding” broadly, as “an action, a petition proceeding and a requisition proceeding, and includes any other suit, cause, matter, stated case under Rule 18-2 or appeal”. “Document” has “an extended meaning and includes a photograph, film, recording of sound, any record of a permanent or semi-permanent character and any information recorded or stored by means of any device” (Rule 1-1(1)).

[92] The *Civil Rules*, however, do not define “evidence” or “exhibit”. The *Civil Rules* also do not directly address the language of the

[89] La *Loi de 1731* a de toute évidence été modifiée, par exemple par les art. 530 et 530.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, lesquels permettent la tenue de l’instance en français en matière criminelle. Pour ce qui est de la langue des instances en matière civile, la *Loi de 1731* n’a pas été *explicitement* modifiée par une disposition législative adoptée en Colombie-Britannique. Toutefois, cela ne répond pas à la question de savoir si la *Loi de 1731* a été implicitement modifiée par d’autres lois existantes, par exemple la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.) — un texte quasi constitutionnel reconnaissant le français comme une des deux langues officielles du Canada —, ou par l’effet des droits linguistiques constitutionnellement garantis par la *Charte* et par les valeurs sur lesquelles reposent ces droits. Je n’écarte pas la possibilité que ces textes importants aient modifié la *Loi de 1731* et ainsi habilité les tribunaux à exercer leur pouvoir discrétionnaire pour autoriser l’utilisation du français à l’égard non seulement des pièces, mais également d’autres aspects des instances judiciaires qui débordent le cadre du présent pourvoi.

C. *Existe-t-il en Colombie-Britannique une mesure législative empêchant le tribunal d’exercer sa compétence inhérente pour admettre en preuve des documents en français?*

[90] En l’espèce, ce sont les *Règles civiles* qui régissent l’instance.

[91] Les *Règles civiles* définissent en termes larges le mot « *proceeding* » : [TRADUCTION] « . . .action, instance introduite par voie de pétition ou de réquisition, ainsi que toute autre poursuite, cause, affaire, exposé de cause fondé sur l’art. 18-2 ou appel ». Le terme « *document* » possède « un sens large et s’entend notamment des photographies, films, enregistrements sonores, enregistrements de nature permanente ou semi-permanente et de données enregistrées ou conservées au moyen de quelque dispositif » (par. 1-1(1)).

[92] Toutefois, les *Règles civiles* ne définissent pas les termes « *evidence* » (« preuve ») ou « *exhibit* » (« pièce »). Elles ne traitent pas non

proceedings; the only rules referring to language are Rules 22-3(2) and (3):

- (2) Unless the nature of the document renders it impracticable, every document prepared for use in the court must be in the English language, legibly printed, typewritten, written or reproduced on 8 1/2 inch x 11 inch durable white paper or durable off-white recycled paper.
- (3) Transcripts of oral evidence must conform to subrule (2).

[93] Rule 22-3(2) expressly addresses the language of documents *prepared for use in the court*. I read this as requiring any pleadings, notices of motions, and affidavits, among others, to be prepared in the English language and in a certain format using specified paper (unless doing so would be impracticable, which is not applicable here).

[94] While exhibits of original documents are *used* in court, they are often not *prepared for use* in court. Indeed, in this case, the motion judge found that the exhibits in question were not *prepared for* litigation purposes (2011 BCSC 1043, 21 B.C.L.R. (5th) 62).

[95] It seems to me, based upon the ordinary meaning of the words of the text, that Rule 22-3 does not apply to documents that were not prepared for use in court.

[96] The distinction between documents prepared for litigation purposes and those not prepared for those purposes is not a novel one. It also arises in the application of litigation privilege, with consequences for admissibility of the documents. This Court has held that litigation privilege attaches only to documents created for the dominant purpose of litigation; see *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, at paras. 59-60.

plus directement de la langue des instances; les seules dispositions où il est question de la langue sont les par. 22-3(2) et (3) :

[TRADUCTION]

- (2) Sauf lorsque leur nature ne le permet pas, les documents préparés en vue de leur utilisation devant la cour doivent l'être en anglais, et imprimés, dactylographiés, écrits à la main ou reproduits lisiblement sur du papier blanc durable ou blanc cassé durable recyclé de 8 1/2 po sur 11 po.
- (3) Les transcriptions des témoignages doivent être préparées conformément au paragraphe (2).

[93] Le paragraphe 22-3(2) traite expressément de la langue des documents *préparés en vue de leur utilisation devant la cour*. Je considère que cette règle requiert que les actes de procédure, avis de requête et affidavits, notamment, soient préparés en anglais, suivant une certaine présentation et au moyen d'un type de papier précis (à moins que leur nature ne le permette pas, situation qui ne s'applique pas en l'espèce).

[94] Bien que des pièces constituées de documents originaux soient *utilisées* devant les tribunaux, elles sont rarement *préparées en vue de leur utilisation* devant ceux-ci. D'ailleurs, en l'espèce, le juge saisi de la requête a conclu que les pièces en question n'avaient pas été *préparées* pour les besoins d'un litige (2011 BCSC 1043, 21 B.C.L.R. (5th) 62).

[95] Il me semble donc, selon le sens ordinaire des mots du texte de l'art. 22-3, que cette disposition ne s'applique pas aux documents qui n'ont pas été préparés en vue de leur utilisation devant les tribunaux.

[96] La distinction entre les documents préparés pour les besoins d'un litige et ceux qui ne le sont pas n'est pas une question nouvelle. Elle se soulève également dans l'application du privilège relatif aux litiges, ce qui entraîne des conséquences en ce qui a trait à l'admissibilité des documents. Notre Cour a conclu que ce privilège vise uniquement les documents créés principalement pour les besoins d'un litige; voir *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, par. 59-60.

[97] The exhibits at issue in this appeal, which include documents relating to the purpose and mission of the Conseil, were created in French long before litigation was contemplated. It could not be reasonably said that they were “prepared for use in the court”. (Indeed, because they were prepared for other uses, they may not have been prepared using the stipulated quality and size of paper.) By contrast, the affidavits to which the exhibits are attached were created for the court proceedings. Of course, if they are appropriately qualified, documents can be tendered as exhibits by witnesses or by counsel. Whether a document is filed as an exhibit with or without an affidavit is immaterial.

[98] Rule 22-3(3) requires transcripts in English. Therefore, any reading of a French document during the proceedings, like any testimony in French, would be translated.

[99] Thus, in my view, Rules 22-3(2) and (3), based upon their express terms, do not preclude the B.C. Supreme Court from exercising its inherent jurisdiction to accept the documents in their original form if they were not prepared for use in court.

[100] This conclusion is consistent with the broader approach to the interpretation of rules of civil procedure, reflected in the famous maxim from Lord Collins M.R. in *In re Coles and Ravenshear*, [1907] 1 K.B. 1 (C.A.), at p. 4: “Although . . . a Court cannot conduct its business without a code of procedure, I think that the relation of rules of practice to the work of justice is intended to be that of handmaid rather than mistress . . .” In other words, procedural law, as the *Civil Rules* provide, is meant to facilitate and assist in the application of the substantive law.

[97] Les pièces en question dans le présent pourvoi, notamment des documents concernant la raison d’être et la mission du Conseil, ont été créées en français, et ce, bien avant que le litige ne soit envisagé. On ne saurait raisonnablement affirmer qu’elles ont été « préparées en vue de leur utilisation devant la cour ». (De fait, comme elles ont été préparées à d’autres fins, il est possible qu’elles ne l’aient pas été sur du papier conforme aux exigences prescrites au titre de la qualité et de la taille.) En revanche, les affidavits auxquels sont annexées ces pièces ont été créés pour l’instance. Il va de soi que si des documents satisfont aux conditions requises, ils peuvent être déposés comme pièces par les témoins ou les avocats. Le fait qu’un document déposé comme pièce soit accompagné ou non d’un affidavit est sans importance.

[98] Le paragraphe 22-3(3) des *Règles civiles* exige que la transcription des témoignages soit en anglais. Par conséquent, si un document rédigé en français est lu durant l’audience, il est traduit en anglais, tout comme le sont les témoignages présentés de vive voix en français.

[99] En conséquence, je suis d’avis que, suivant le texte exprès des par. 22-3(2) et (3), ces dispositions n’empêchent pas la Cour suprême de la C.-B. d’exercer sa compétence inhérente et d’accepter des documents dans leur forme originale s’ils n’ont pas été préparés en vue de leur utilisation devant la cour.

[100] Cette conclusion est conforme à la conception plus large de l’interprétation des règles de procédure civile, exprimée dans la célèbre maxime de lord Collins, M.R., dans *In re Coles and Ravenshear*, [1907] 1 K.B. 1 (C.A.), p. 4 : [TRADUCTION] « Bien [. . .] qu’un tribunal ne puisse exercer ses activités sans un code de procédure, j’estime que le rôle des règles de pratique dans les travaux d’une cour de justice est censé être celui de servante et non de maîtresse de céans . . . » Autrement dit, comme le prévoient les *Règles civiles*, le droit procédural vise à faciliter et à appuyer l’application du droit substantiel.

[101] This principle is reflected in the codification of flexibility and proportionality in the *Civil Rules* under Rule 1-3 which reads as follows:

- (1) The object of these Supreme Court Civil Rules is to secure the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits.
- (2) Securing the just, speedy and inexpensive determination of a proceeding on its merits includes, so far as is practicable, conducting the proceeding in ways that are proportionate to
 - (a) the amount involved in the proceeding,
 - (b) the importance of the issues in dispute, and
 - (c) the complexity of the proceeding.

[102] Thus, the *Civil Rules* should be interpreted in a flexible manner so as to give life to the substantive law. Furthermore, the B.C. Supreme Court may exercise its inherent jurisdiction to supplement procedures in the *Civil Rules*.

[103] As Jacob notes:

The powers of the court under its inherent jurisdiction are complementary to its powers under Rules of Court; one set of powers supplements and reinforces the other.

. . . by their very nature, they are wider and more extensive powers, permeating all proceedings at all stages and filling any gaps left by the Rules and they can be exercised on a wider basis, for example, by enabling the court to admit evidence by affidavit or otherwise in order to examine all the circumstances appertaining to the merits of the case. [pp. 50-51]

[104] In my view, the British Columbia legislature has not clearly addressed the language in which documents *not prepared for use in court* must be filed. Coupled with the role of bilingualism in the Canadian constitutional context as I will discuss

[101] Ce principe ressort de la codification, à l'art. 1-3 des *Règles civiles*, des critères de souplesse et de proportionnalité. Cette disposition est rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

- (1) Les présentes règles civiles de la Cour suprême ont pour objet de faire en sorte que toute instance soit décidée au fond de manière juste, expéditive et peu coûteuse.
- (2) Pour faire en sorte que toute instance soit décidée de manière juste, expéditive et peu coûteuse, il faut notamment, dans toute la mesure du possible en pratique, veiller à ce que l'instance se déroule d'une façon proportionnée aux facteurs suivants :
 - (a) la somme en jeu,
 - (b) l'importance des questions en litige,
 - (c) la complexité de l'instance.

[102] Par conséquent, les *Règles civiles* doivent être interprétées avec la souplesse nécessaire pour donner effet au droit substantiel. De plus, la Cour suprême de la C.-B. peut exercer sa compétence inhérente pour compléter les procédures prévues par les *Règles civiles*.

[103] Comme le souligne I. H. Jacob :

[TRADUCTION] Les pouvoirs dont jouissent les tribunaux du fait de leur compétence inhérente complètent ceux que leur attribuent les règles de procédure; les uns soutiennent et complètent les autres.

. . . de par leur nature même, il s'agit de pouvoirs plus vastes et plus étendus, qui sont utilisés dans toute instance et à toutes les étapes, et ils comblent les lacunes des règles de procédure; ils peuvent être exercés plus largement et permettent aux tribunaux, par exemple, d'admettre une preuve par voie d'affidavit ou autrement, afin d'être en mesure d'examiner les différentes circonstances se rapportant au fond d'une cause. [p. 50-51]

[104] À mon avis, le législateur de la Colombie-Britannique n'a pas donné d'indications claires sur la langue dans laquelle des documents qui *n'ont pas été préparés en vue de leur utilisation devant la cour* doivent être déposés.

below, I conclude that the B.C. Supreme Court may exercise its inherent jurisdiction to admit French documents if doing so would uphold, protect, and fulfil the “judicial function of administering justice . . . in a regular, orderly and effective manner” (Jacob, at p. 28).

D. Factors Relevant to the Exercise of Inherent Jurisdiction

[105] I would therefore allow the appeal and remit the matter back to the B.C. Supreme Court. In my view, various constitutional principles, as well as the specific circumstances of this proceeding, should guide the motion judge in determining whether to exercise his or her inherent jurisdiction to receive the exhibits in French.

[106] Sections 16 and 23 of the *Charter* affirm the fundamental importance of bilingualism in the Canadian constitutional fabric. Section 16(1) of the *Charter* declares that English and French are the two official languages of Canada.²

[107] The *Official Languages Act* manifests the fundamentally bilingual character of Canada. This Court has recognized it as a quasi-constitutional statute: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 23. While aspects of s. 16 and the *Official Languages Act* require the equal status and equal treatment of each language in federal institutions, the commitment and the aspiration to express Canada’s bilingualism is evident. The Preamble of the *Official Languages Act* makes this clear:

² In addition to ensuring the equal status and use of both languages in Canada’s federal institutions, this section also declares that English and French are official languages in Canada — an independent declaratory statement of general principle.

Conjugué au rôle que joue, comme je l’expliquerai plus loin, le bilinguisme dans le contexte constitutionnel canadien, la compétence inhérente dont dispose la Cour suprême de la C.-B. peut selon moi être exercée par cette dernière pour admettre des documents préparés en français, si cela lui permet de maintenir, protéger et remplir sa [TRADUCTION] « fonction qui est de rendre justice [. . .] d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (Jacob, p. 28).

D. Les facteurs pertinents pour l’exercice de la compétence inhérente

[105] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à la Cour suprême de la C.-B. À mon sens, divers principes constitutionnels, ainsi que les circonstances particulières de l’espèce, devraient guider le juge saisi de la requête dans sa décision sur l’opportunité d’exercer ou non sa compétence inhérente et d’admettre les pièces en français.

[106] Les articles 16 et 23 de la *Charte* confirment l’importance fondamentale du bilinguisme dans le tissu constitutionnel canadien. Le paragraphe 16(1) de la *Charte* précise que l’anglais et le français sont les deux langues officielles du Canada².

[107] La *Loi sur les langues officielles* témoigne de la nature fondamentalement bilingue du Canada. Notre Cour a reconnu qu’il s’agissait d’une loi quasi constitutionnelle : *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 23. Bien que certains aspects de l’art. 16 de la *Charte* et de la *Loi sur les langues officielles* exigent l’égalité de statut et de traitement de chaque langue au sein des institutions fédérales, le souhait du gouvernement fédéral de permettre au bilinguisme de se manifester au sein de la société canadienne, et son engagement à cet égard, sont également évidents. D’ailleurs, le préambule de la *Loi sur les langues officielles* l’indique clairement :

² En plus d’assurer l’égalité de statut et d’usage des deux langues dans les institutions fédérales du Canada, cette disposition indique également que l’anglais et le français sont les deux langues officielles du Canada — une déclaration de principe général indépendante.

Attendu :

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to enhancing the vitality and supporting the development of English and French linguistic minority communities, as an integral part of the two official language communities of Canada, and to fostering full recognition and use of English and French in Canadian society;

[108] This Court’s jurisprudence confirms the status of French and bilingualism more generally. As for s. 23 of the *Charter*, Dickson C.J. stated in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, that it “represents a linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism” (p. 350).

[109] Thus, the motion judge should consider relevant constitutional values in exercising his or her inherent jurisdiction. These include the status of French as an official language in Canada, the protection of official language minority rights, and the constitutional commitment to safeguarding and promoting both the French and English languages.

[110] The specific circumstances of the parties in this case are also relevant to the exercise of inherent jurisdiction. This context includes the nature of the parties, their capacity to understand the French documents, the nature of the documents, and the nature of the underlying action.

[111] Here, the Conseil was established by enacted statute of the British Columbia legislature. By virtue of s. 23 *Charter* rights, the Conseil operates primarily in French. The trial judge, and all parties and their lawyers, except the Province of British Columbia, understand the French language. The British Columbia government must also have some institutional capacity to understand French (particularly as it is mandated under the *Criminal Code* to provide French trials). Furthermore, the

qu’il [le gouvernement du Canada] s’est engagé à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones, au titre de leur appartenance aux deux collectivités de langue officielle, et à appuyer leur développement et à promouvoir la pleine reconnaissance et l’usage du français et de l’anglais dans la société canadienne;

[108] La jurisprudence de notre Cour confirme plus généralement le statut du français et du bilinguisme. Relativement à l’art. 23 de la *Charte*, le juge en chef Dickson a affirmé, dans *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, que cette disposition « constitue [. . .] la clef de voûte de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (p. 350).

[109] En conséquence, le juge saisi de la requête devrait tenir compte des valeurs constitutionnelles pertinentes lorsqu’il exerce sa compétence inhérente. Font partie de ces valeurs le statut du français en tant que langue officielle au Canada, la protection des droits des minorités de langue officielle et l’engagement constitutionnel à protéger et à promouvoir tant le français que l’anglais.

[110] La situation particulière des parties à la présente affaire est également pertinente en vue de l’exercice de la compétence inhérente. Ce contexte comprend la nature des parties, leur capacité de comprendre les documents en français, la nature des documents et la nature de l’action sous-jacente.

[111] En l’espèce, le Conseil a été établi par une loi de l’assemblée législative de la Colombie-Britannique. En vertu des droits garantis par l’art. 23 de la *Charte*, le Conseil exerce ses activités principalement en français. Le juge du procès ainsi que toutes les parties et leurs avocats, à l’exception de la province de la Colombie-Britannique, comprennent le français. Il va de soi que le gouvernement de la Colombie-Britannique doit sans doute posséder, institutionnellement,

underlying litigation is about constitutional French language rights.

[112] Of course, while I have outlined some of the important factors, it will be up to the motion judge to consider and weigh all relevant factors in exercising his or her inherent jurisdiction.

III. Conclusion

[113] Neither the *1731 Act* nor the *British Columbia Civil Rules* addresses the language of exhibits in court proceedings. In light of the silence of the British Columbia legislature on this issue, and pursuant to the court's inherent jurisdiction, judges of the B.C. Supreme Court may allow French language documents, not prepared for use in court, to be filed in evidence as exhibits where this will ensure the administration of justice according to law in a regular, orderly and effective manner.

[114] I would allow the appeal and remit the matter to the B.C. Supreme Court.

Appeal dismissed with costs throughout to the appellants, LEBEL, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Heenan Blaikie, Ottawa.

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

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

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

des ressources capables de comprendre le français (particulièrement en raison du fait que le *Code criminel* l'oblige à assurer la tenue de procès dans cette langue). En outre, le litige sous-jacent concerne les droits à l'instruction en français garantis par la Constitution.

[112] Évidemment, même si j'ai énoncé quelques-uns des facteurs importants, il appartiendra au juge saisi de la requête d'examiner et de soupeser tous les facteurs pertinents dans l'exercice de sa compétence inhérente.

III. Conclusion

[113] Ni la *Loi de 1731* ni les *Règles civiles* de la Colombie-Britannique ne traitent de la langue des pièces dans les instances judiciaires. Compte tenu du silence du législateur de la Colombie-Britannique à cet égard, les juges de la Cour suprême de la C.-B. peuvent, en vertu de la compétence inhérente dont dispose leur tribunal, permettre que des documents en français, mais non préparés en vue de leur utilisation devant la cour, soient déposés en preuve comme pièces lorsque cela leur permet de rendre justice dans le respect de la loi et d'une manière régulière, ordonnée et efficace.

[114] J'accueillerais le pourvoi et je renverrais l'affaire à la Cour suprême de la C.-B.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours aux appelants, les juges LEBEL, ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidents.

Procureurs des appelants : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureur des intimés : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Solicitors for the intervener Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique: Shapray, Cramer & Associates, Vancouver; Martin & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique : Shapray, Cramer & Associates, Vancouver; Martin & Associates, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review of labour arbitration board's decision — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees holding safety-sensitive positions — Whether arbitration board's decision that harm to employees' privacy outweighed policy's benefits to employer was reasonable.

COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA, LOCAL 30 V. IRVING PULP & PAPER, LTD., 458.

2. Judicial review — Standard of review — Ministerial decisions — Immigration — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Appropriate standard of review to apply to Minister's decision — Whether, in light of this standard, Minister's decision is valid — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).

AGRAIRA V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 559.

3. Natural justice — Doctrine of legitimate expectations — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Whether there was failure to meet legitimate expectations — Whether there was failure to discharge duty of procedural fairness.

AGRAIRA V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 559.

CIVIL PROCEDURE

1. Issue estoppel — Administrative law — Police disciplinary proceedings — Complaint alleging police misconduct brought under Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15 ("PSA") — Civil action for damages arising from same incident also commenced — PSA hearing officer finding no misconduct and dismissing complaint — Motion judge and Court of Appeal exercising discretion to apply issue estoppel to bar civil claims on basis of hearing

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

officer's decision — Whether public policy rule precluding applicability of issue estoppel to police disciplinary hearings should be created — Whether unfairness arises from application of issue estoppel in this case.

PENNER V. NIAGARA (REGIONAL POLICE SERVICES BOARD), 125.

2. Abuse of process — Motion to strike pleadings — Members of Aboriginal community blocking access to logging site and subsequently asserting in defence to tort action against them that issuance of logging licences breached duty to consult and treaty rights — Whether raising defences constituted abuse of process.

BEHN V. MOULTON CONTRACTING LTD., 227.

3. Standing — Aboriginal law — Treaty rights — Duty to consult — Individual members of Aboriginal community asserting in defence to tort action against them that issuance of logging licences breached duty to consult and treaty rights — Whether individual members have standing to assert collective rights in defence.

BEHN V. MOULTON CONTRACTING LTD., 227.

4. Access to justice — Disclosure — Privilege — Promoting Settlement — Settlement privilege — Scope of protection offered by settlement privilege — Appellants entering into Pierringer Agreements with some defendants to multi-party litigation — Non-settling defendants seeking disclosure of amount of settlements prior to trial — Whether amounts of negotiated settlements protected by settlement privilege.

SABLE OFFSHORE ENERGY INC. V. AMERON INTERNATIONAL CORP., 623.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused extradited to Canada to face numerous charges of indecent assault and gross indecency — Delay of more than 14 years between charges being laid

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

and trial, approximately 12 of those attributable to delays by Crown in extraditing accused — Accused seeking a stay of proceedings due to pre- and post-charge delay — Application dismissed and accused convicted at trial — Accused's right to be tried within reasonable time violated due to post-charge delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. MACINTOSH, 200.

2. Charter of Rights — Right to liberty — Right to security of person — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code provision prohibiting disposing of dead body of child with intent to conceal its delivery whether child died before, during or after birth — Whether provision is impermissibly vague in its application to child that died before birth — Whether provision infringes rights to liberty and security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

R. v. LEVKOVIC, 204.

COURTS

Rules of court — Affidavits — Language of exhibits — 1731 English Act received into B.C. law providing English as language of court “proceedings” — B.C. Supreme Court Civil Rules also requiring documents “prepared for use in the court” be in English unless impracticable — French language school board seeking to file affidavits attaching exhibits prepared in French prior to litigation — Whether 1731 Act or B.C. rules preclude admission of exhibits prepared in French without English translation — Whether admitting exhibits in French within inherent jurisdiction of superior courts to control own processes — Whether B.C. Civil Rules limit exercise of inherent jurisdiction — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-3(2).

CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE V. BRITISH COLUMBIA, 774.

CRIMINAL LAW

1. Interception of communications — General warrant — Telecommunications company employing unique process for transmitting text messages resulting in messages stored on their computer database for brief period of time —

CRIMINAL LAW — (Continued)

General warrant requiring telecommunications company to produce all text messages sent and received by two subscribers on prospective, daily basis — Whether general warrant power in s. 487.01 of Criminal Code can authorize prospective production of future text messages from service provider's computer — Whether investigative technique authorized by general warrant in this case is an interception requiring authorization under Part VI of Criminal Code — Whether general warrant may properly issue where substance of investigative technique, if not its precise form, is addressed by existing legislative provision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.01.

R. v. TELUS COMMUNICATIONS Co., 3.

2. Trial — Charge to jury — Fairness — Trial judge providing jurors with summary of theory of defence but also providing opinion on evidence in support of, or contrary to, that theory — Accused convicted of second degree murder — Whether opinions offered by trial judge amounted to opinions as to verdict.

R. v. MAILHOT, 96.

3. Charge to jury — Trial judge giving additional instructions that were incomplete and confusing in response to specific question from jury on being accessory and being party to offence — Jury finding accused guilty — Verdict of guilty set aside and new trial ordered.

R. v. LÉVESQUE, 176.

4. Reasonable verdicts — Accused convicted of conspiracy to commit murder and attempted murder — Sufficient evidence to support trial judge's conclusions — Verdicts entered by trial judge reasonable.

R. v. MURPHY, 178.

5. Appeals — Unreasonable verdict — Role of appellate court when assessing reasonableness of verdict based on jury's assessment of witness credibility — Jury finding accused guilty of sexual assault — Court of Appeal concluding that verdict unreasonable and entering acquittal — Whether Court of Appeal applied proper legal test — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. W.H., 180.

6. Appeal — Fresh evidence — Accused convicted of incest and sexual assault — On appeal, accused seeking to provide affidavit evidence demonstrating that defence counsel provided ineffective assistance at trial — Court of Appeal allowing appeal, setting aside trial judge's decision

CRIMINAL LAW — (Continued)

and ordering new trial — Defence counsel's conduct of trial did not result in omissions and decisions which, when added together, had effect of undermining reliability of convictions such that accused suffered miscarriage of justice — Convictions restored.

R. v. G.M., 202.

7. Offences — Concealing body of child — Whether phrase “child [that] died before . . . birth” satisfies requirement of certainty — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

R. v. LEVKOVIC, 204.

8. Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective and subjective elements of defence of provocation were established, thereby lending air of reality to this defence.

R. v. BUZIZI, 248.

9. Child abandonment — Mens rea — Accused gave birth in washroom at retail store and left newborn in toilet — Accused testified that she had not realized she was pregnant and that she believed child was born dead — Acquittal entered — Whether fault element is subjective or objective — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 214 “‘abandon’ or ‘expose’”, 218.

R. v. A.D.H., 269.

10. Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Section 258(1)(d.1) of Criminal Code providing that, absent evidence to contrary, breathalyser reading above 80 mg of alcohol per 100 mL of blood is proof that blood alcohol concentration exceeded legal limit at time of driving — Evidence placing appellant's blood alcohol concentration in range that straddled legal limit at time of driving — Whether “straddle evidence” can rebut statutory presumption.

R. v. IBANESCU, 400.

11. Defences — Abandonment — Participation in crime — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Essential elements of defence of abandonment in context of forms of participation in crime provided for in s. 21(1) and s. 21(2) of Criminal Code — Whether defence of abandonment raised by accused met air of reality test.

R. v. GAUTHIER, 403.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

12. Defences — Charge to jury — Defences that are incompatible in theory — Accused charged with being party, together with her spouse, to murder of their three children — Alternative defence that accused had abandoned common intention to kill children — Whether it was appropriate to exclude defence of abandonment from defences put to jury on basis that it was incompatible with defence's principal theory, absence of mens rea.

R. v. GAUTHIER, 403.

13. Evidence — Admissibility — Hearsay — Drug purchase call — Implied Assertions — Implied assertion tendered for the truth of its contents — Applicability of hearsay rule — Purposive approach — Principled analysis of its necessity and reliability.

R. v. BALDREE, 520.

14. Judgments and orders — Sufficiency of reasons — Burden of proof — Accused convicted of sexual assault and unlawful touching for sexual purpose involving four complainants — Whether trial judge's reasons for judgment sufficient — Whether trial judge properly applied burden of proof.

R. v. VURADIN, 639.

15. Evidence — Admissibility — Hearsay — Murder trial — Co-accused witness recanting previous statement implicating accused in murder — Trial judge finding prior inconsistent statement not meeting threshold reliability test — Whether prior inconsistent statement was sufficiently reliable to be considered by jury for truth of its contents.

R. v. YOUVARAJAH, 720.

IMMIGRATION

1. Inadmissibility and removal — Ministerial relief — Citizen of Libya found to be inadmissible based on membership in terrorist organization — Application for ministerial relief denied — Interpretation of term “national interest” — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).

AGRAIRA v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 559.

2. Convention refugees — Complicity in crimes against humanity — Former representative of the Democratic Republic of Congo seeking refugee protection in Canada —

IMMIGRATION — (Concluded)

Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that representative was complicit in crimes against humanity committed by the government of the Democratic Republic of Congo — Whether mere association or passive acquiescence are sufficient to establish complicity — Whether a contribution-based test for complicity should be adopted — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(a).

EZOKOLA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 678.

JUDGMENTS AND ORDERS

Reasons — Trial judge delivering reasons for judgment consisting of reproduction of plaintiffs' written submissions — Whether trial judge's decision should be set aside because reasons for judgment incorporated large portions of material prepared by others.

COJOCARU V. BRITISH COLUMBIA WOMEN'S HOSPITAL AND HEALTH CENTRE, 357.

LABOUR RELATIONS

Arbitration — Collective agreements — Management rights — Privacy — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees — Whether unilaterally implementing random testing policy a valid exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether employer could unilaterally implement policy absent reasonable cause or evidence of workplace alcohol abuse.

COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA, LOCAL 30 V. IRVING PULP & PAPER, LTD., 458.

LAW OF PROFESSIONS

Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Breach of confidence — Whether a law firm can accept a retainer to act against a current client on a matter unrelated to the client's existing files — Whether a law firm can bring a lawsuit against a current client on behalf of another client and if not, what remedies are available to the client.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. V. MCKERCHER LLP, 649.

TAXATION

Income tax — Proceeds of disposition — Sale of forest tenures — Reforestation obligations imposed on forest tenures — Value of reforestation obligations not included in vendor's proceeds of disposition for tax purposes — Whether reforestation obligations should be included in vendor's proceeds of disposition for tax purposes — Whether reforestation obligations are distinct debts — Whether reforestation obligations are contingent liabilities — Whether contracting parties agreeing to specific value for future reforestation obligations relevant for tax purposes — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 13(21).

DAISHOWA-MARUBENI INTERNATIONAL LTD. V. CANADA, 336.

TORTS

1. Negligence — Causation — Doctor attempted mid-level forceps delivery of baby — Baby's umbilical cord became compressed causing bradycardia and brain injury — Doctor did not arrange for back-up Caesarean section delivery or advise mother of mid-level forceps delivery risks prior to attempting forceps delivery — Whether doctor's attempted forceps delivery caused bradycardia — Whether doctor's failure to arrange for back-up Caesarean section delivery or to advise mother of mid-level forceps delivery risks prior to attempting forceps delivery caused baby's injury.

EDIGER V. JOHNSTON, 98.

TORTS — (Concluded)

2. Negligence — Causation — Health law — Consent to care — Failure to inform — Plaintiffs alleging defendants were negligent in failing to obtain informed consent to vaginal birth after caesarean section or to prostaglandin induction and in failing to attend to plaintiff — Plaintiffs alleging lack of proper care resulted in ruptured uterus and son born with brain damage — Whether trial judge's conclusion on liability of various defendants disclose palpable errors of fact or legal errors and should be set aside.

COJOCARU V. BRITISH COLUMBIA WOMEN'S HOSPITAL AND HEALTH CENTRE, 357.

TRUSTS

Purchase money resulting trust — Appellant using funds received from respondent to purchase property in appellant's own name — Funds representing disputed monies owed to third party — Whether purchase money resulting trust should be abolished in commercial transactions in favour of unjust enrichment principles — Whether a transfer is gratuitous when it constitutes the discharge of a legal and moral obligation to a third party — Whether a proportionate interest in the property is acquired where the transferor attempted, but failed to secure the title holder's agreement to an interest in the property — Whether presumption of resulting trust was rebutted.

NISHI V. RASCAL TRUCKING LTD., 438.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision d'un conseil d'arbitrage — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés occupant un poste à risque — La décision du conseil d'arbitrage selon laquelle l'atteinte à la vie privée des employés l'emporte sur les avantages qu'offre la politique à l'employeur est-elle raisonnable?

SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER, SECTION LOCALE 30 C. PÂTES & PAPIER IRVING, LTÉE, 458.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Décisions ministérielles — Immigration — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — Norme de contrôle applicable à la décision du ministre — La décision du ministre est-elle valide au regard de cette norme? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).

AGRAIRA C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE), 559.

3. Justice naturelle — Théorie des attentes légitimes — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — La décision a-t-elle porté atteinte aux attentes légitimes de l'appelant? — L'obligation d'équité procédurale a-t-elle été respectée?

AGRAIRA C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE), 559.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Extradition de l'accusé au Canada pour être jugé à l'égard de nombreuses accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence — Délai de plus de 14 ans entre le dépôt des accusations et le procès, dont 12 environ

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

sont imputables au temps mis par la Couronne à agir pour obtenir l'extradition de l'accusé — Demande d'arrêt des procédures présentée par l'accusé en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations et après celui-ci — Cette demande a été rejetée et l'accusé a été déclaré coupable au procès — Le droit de ce dernier d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé en raison du délai écoulé après le dépôt des accusations — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. MACINTOSH, 200.

2. Charte des droits — Droit à la liberté — Droit à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Imprécision — Disposition du Code criminel interdisant de faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher sa naissance que l'enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance — La disposition est-elle d'une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui est mort avant la naissance? — La disposition viole-t-elle les droits à la liberté et à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

R. C. LEVKOVIC, 204.

DROIT CRIMINEL

1. Interception de communications — Mandat général — Messages textes stockés brièvement dans la base de données informatique d'une société de télécommunications par suite de la procédure particulière qu'elle applique pour les transmettre — Mandat général obligeant la société de télécommunications à communiquer prospectivement, sur une base quotidienne, tous les messages textes envoyés et reçus par deux abonnés — Le mandat général prévu à l'art. 487.01 du Code criminel peut-il autoriser la communication prospective de futurs messages textes se trouvant dans l'ordinateur d'un fournisseur de services? — La technique d'enquête autorisée par le mandat général délivré en l'espèce constitue-t-elle une interception qui doit être

DROIT CRIMINEL — (Suite)

autorisée en vertu de la partie VI du Code criminel? — Un mandat général peut-il être délivré à bon droit lorsqu'une disposition législative en vigueur traite du contenu de la technique d'enquête, sinon de sa forme précise? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.01.

R. C. SOCIÉTÉ TELUS COMMUNICATIONS, 3.

2. Procès — Exposé au jury — Équité — Juge du procès ayant résumé la thèse de la défense à l'intention du jury en exprimant son opinion sur la preuve de manière favorable ou défavorable à cette thèse — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Les opinions exprimées par le juge du procès constituaient-elles des opinions sur le verdict susceptible d'être rendu?

R. C. MAILHOT, 96.

3. Exposé au jury — Directives supplémentaires incomplètes et confuses données par le juge du procès en réponse à une question spécifique du jury sur la complicité et la participation criminelle — Verdict de culpabilité prononcé par le jury — Verdict de culpabilité annulé et nouveau procès ordonné.

R. C. LÉVESQUE, 176.

4. Verdicts raisonnables — Accusé déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre et de tentative de meurtre — Existence d'éléments de preuve suffisants pour étayer les conclusions du juge du procès — Inscription de verdicts raisonnables par ce dernier.

R. C. MURPHY, 178.

5. Appels — Verdict déraisonnable — Rôle dévolu à une cour d'appel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère raisonnable d'un verdict de culpabilité fondé sur l'appréciation de la crédibilité des témoignages par un jury — Jury ayant reconnu l'accusé coupable d'agression sexuelle — Verdict jugé déraisonnable en Cour d'appel et remplacé par un acquittement — La Cour d'appel a-t-elle appliqué le bon critère juridique? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a(i).

R. C. W.H., 180.

6. Appel — Nouvel élément de preuve — Accusé déclaré coupable d'inceste et d'agression sexuelle — En appel, demande de l'accusé en vue de présenter en preuve un affidavit pour établir l'inefficacité de l'avocat de la défense au procès — Arrêt de la Cour d'appel accueillant le pourvoi, annulant la décision du juge du procès et

DROIT CRIMINEL — (Suite)

ordonnant la tenue d'un nouveau procès — La conduite de l'avocat de la défense au procès n'a aucunement entraîné d'omissions ou de décisions qui, combinées, ont eu pour effet de miner la fiabilité des déclarations de culpabilité et ainsi entraîner une erreur judiciaire dont l'accusé aurait été victime — Déclarations de culpabilité rétablies.

R. C. G.M., 202.

7. Infractions — Suppression de part — La proposition « enfant [qui est] mort avant [...] la naissance » satisfait-elle à l'exigence de certitude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

R. C. LEVKOVIC, 204.

8. Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusé pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — Les éléments objectifs et subjectifs de la défense de provocation sont-ils établis de sorte que la défense est vraisemblable?

R. C. BUZIZI, 248.

9. Abandon d'enfant — Mens rea — Accouchement dans les toilettes d'un magasin à rayons et nouveau-né laissé dans la cuvette — Témoignage de l'accusée selon lequel elle ignorait être enceinte et elle avait cru l'enfant mort-né — Acquittement de l'accusée — L'existence de l'élément de faute doit-elle être déterminée subjectivement ou objectivement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 214 « "abandonner" ou "exposer" », 218.

R. C. A.D.H., 269.

10. Preuve — Conduite d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — L'article 258(1)d.1) du Code criminel précise que, en l'absence de preuve à l'effet contraire, si l'alcootest indique une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang ce résultat fait foi d'une alcoolémie supérieure à la limite légale au moment de la conduite du véhicule — Existence de preuve situant l'alcoolémie de l'appelant dans une fourchette chevauchant la limite légale lorsque ce dernier conduisait — Cette « preuve de chevauchement » peut-elle réfuter la présomption légale?

R. C. IBANESCU, 400.

11. Moyens de défense — Exposé au jury — Défenses incompatibles en théorie — Accusée inculpée d'avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l'accusée

DROIT CRIMINEL — (Fin)

avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — La défense de renonciation devait-elle être exclue des moyens de défense soumis à l'appréciation du jury en raison de son caractère incompatible avec la thèse principale de la défense, soit l'absence d'intention coupable?

R. C. GAUTHIER, 403.

12. Moyens de défense — Renonciation — Participation criminelle — Accusée inculpée d'avoir participé avec son conjoint au meurtre de leurs trois enfants — Moyen de défense subsidiaire selon lequel l'accusée avait abandonné le projet commun de tuer les enfants — Éléments essentiels à l'existence d'une défense de renonciation dans le contexte de la participation criminelle prévue aux par. 21(1) et 21(2) du Code criminel — La défense de renonciation invoquée par l'accusée répondait-elle au critère de la vraisemblance?

R. C. GAUTHIER, 403.

13. Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Commande téléphonique de drogue — Affirmations implicites — Affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu — Application de la règle du ouï-dire — Cadre d'analyse raisonnée — Application de la méthode d'analyse raisonnée pour déterminer la nécessité et la fiabilité de la preuve.

R. C. BALDREE, 520.

14. Jugements et ordonnances — Suffisance des motifs — Fardeau de la preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de contacts sexuels illégaux à l'endroit de quatre plaignantes — Les motifs de jugement du juge du procès étaient-ils suffisants? — Le juge du procès a-t-il appliqué comme il se doit le fardeau de la preuve?

R. C. VURADIN, 639.

15. Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Procès pour meurtre — Témoin coaccusé revenant sur une déclaration antérieure impliquant l'accusé dans un meurtre — Conclusion du juge du procès selon laquelle la déclaration antérieure incompatible n'atteint pas le seuil de fiabilité nécessaire — La déclaration antérieure incompatible était-elle suffisamment fiable pour être présentée au jury comme preuve de la véracité de son contenu?

R. C. YOUVARAJAH, 720.

DROIT DES PROFESSIONS

Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Abus de confiance — Un cabinet d'avocats peut-il accepter le mandat d'agir contre un client actuel dans une affaire sans lien avec les dossiers en cours de ce client? — Un cabinet d'avocats peut-il poursuivre un client actuel pour le compte d'un autre client, et, dans la négative, quels recours s'offrent au client actuel?

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. MCKERCHER LLP, 649.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Produit de disposition — Vente de tenures forestières — Tenures forestières assorties d'obligations de reboisement — Valeur des obligations relatives au reboisement non incluse dans le produit de disposition du vendeur aux fins de l'impôt — Les obligations relatives au reboisement doivent-elles être incluses dans le produit de disposition du vendeur aux fins de l'impôt? — Les obligations relatives au reboisement constituent-elles des dettes distinctes? — Les obligations relatives au reboisement constituent-elles des obligations éventuelles? — La valeur précise attribuée par les parties contractantes aux obligations futures relatives au reboisement est-elle pertinente aux fins de l'impôt? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 13(21).

DAISHOWA-MARUBENI INTERNATIONAL LTD. C. CANADA, 336.

FIDUCIES

Fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat — Utilisation par l'appelant des fonds reçus de l'intimée pour acheter une propriété en son propre nom — Fonds représentant une somme d'argent contestée due à un tiers — La fiducie résultoire découlant des circonstances d'achat doit-elle être abolie dans les opérations commerciales en faveur des principes de l'enrichissement injustifié? — Un transfert de fonds est-il fait à titre gratuit s'il constitue l'acquiescement d'une obligation légale et morale envers un

FIDUCIES — (Fin)

tiers? — L'auteur du transfert de fonds qui a tenté, sans succès, d'obtenir que le titulaire du titre lui concède un intérêt dans la propriété acquiert-il dans la propriété un intérêt au prorata de la somme transférée? — La présomption de fiducie résultative a-t-elle été réfutée?

NISHI C. RASCAL TRUCKING LTD., 438.

IMMIGRATION

1. Interdiction de territoire et renvoi — Dispense ministérielle — Citoyen de la Libye déclaré interdit de territoire en raison de son appartenance à une organisation terroriste — Demande de dispense ministérielle rejetée — Interprétation de l'expression « intérêt national » — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).

AGRAIRA C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE), 559.

2. Réfugiés au sens de la Convention — Complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité — Demande d'asile au Canada présentée par un ancien représentant de la République démocratique du Congo — Rejet de la demande par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au motif que le représentant s'est rendu complice de crimes contre l'humanité perpétrés par le gouvernement de la République démocratique du Congo — La simple association ou l'acquiescement passif suffisent-ils pour établir la complicité? — Y a-t-il lieu d'adopter un critère axé sur la contribution aux fins de l'établissement de la complicité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fa).

EZOKOLA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 678.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Motifs — Motifs du juge de première instance composés d'extraits des prétentions écrites des demandeurs — La décision du juge de première instance doit-elle être

JUGEMENTS ET ORDONNANCES — (Fin)

annulée parce que ses motifs incorporent de larges extraits de documents préparés par d'autres?

COJOCARU C. BRITISH COLUMBIA WOMEN'S HOSPITAL AND HEALTH CENTRE, 357.

PROCÉDURE CIVILE

1. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Droit administratif — Procédures disciplinaires relatives à la police — Plainte alléguant l'inconduite policière déposée en vertu de la Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« LSP ») — Action civile en réclamation de dommages-intérêts aussi intentée relativement au même incident — Agent d'audience nommé en application de la LSP conclut à l'absence d'inconduite et rejette la plainte — Exercice par le juge des motions et par la Cour d'appel de leur pouvoir discrétionnaire d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour bloquer les demandes civiles compte tenu de la décision de l'agent d'audience — Faudrait-il créer une règle d'intérêt public pour empêcher l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée relativement aux décisions disciplinaires relatives à la police? — L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée entraîne-t-elle une iniquité en l'espèce?

PENNER C. NIAGARA (COMMISSION RÉGIONALE DE SERVICES POLICIERS), 125.

2. Abus de procédure — Requête en radiation — Membres d'une collectivité autochtone bloquant l'accès à un site d'exploitation forestière et alléguant subséquemment, en défense à une action en responsabilité délictuelle intentée contre eux, la délivrance de permis de vente de bois sans que soit respectée l'obligation de consultation et en violation de leurs droits issus du traité — Le fait de soulever ces moyens de défense constitue-t-il un abus de procédure?

BEHN C. MOULTON CONTRACTING LTD., 227.

3. Qualité pour agir — Droit des autochtones — Droits issus de traités — Obligation de consultation — Membres individuels d'une collectivité autochtone alléguant, en défense à une action en responsabilité délictuelle intentée contre eux, la délivrance de permis d'exploitation forestière sans que soit respectée l'obligation de consultation et en

PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

violation de leurs droits issus du traité — Les membres individuels ont-ils qualité pour faire valoir en défense des droits collectifs?

BEHN C. MOULTON CONTRACTING LTD., 227.

4. Accès à la justice — Divulgarion — Privilège — Incitation au règlement — Privilège relatif aux règlements — Portée de la protection offerte par le privilège relatif aux règlements — Ententes de type Pierringer conclues entre les appelantes et quelques défenderesses dans un litige faisant intervenir plusieurs parties — Défenderesses non parties aux règlements cherchant à connaître avant le procès les sommes convenues aux règlements — Les sommes négociées aux ententes sont-elles protégées par le privilège relatif aux règlements?

SABLE OFFSHORE ENERGY INC. C. AMERON INTERNATIONAL CORP., 623.

RELATIONS DU TRAVAIL

Arbitrage — Conventions collectives — Droits de la direction — Protection de la vie privée — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés — La mise en œuvre unilatérale d'une politique de tests aléatoires constitue-t-elle un exercice valide des droits de la direction de l'employeur prévus par une convention collective? — L'employeur peut-il mettre en œuvre unilatéralement une politique sans motif raisonnable ou preuve démontrant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail?

SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER, SECTION LOCALE 30 C. PÂTES & PAPIER IRVING, LTÉE, 458.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Lien de causalité — Tentative par un médecin d'accouchement par forceps moyen — Compression du cordon ombilical causant une bradycardie et des lésions cérébrales — Omission du médecin de prendre des dispositions pour un accouchement par césarienne en cas de complications et d'aviser la mère des risques d'un accouchement par forceps moyen avant de tenter l'accouchement par forceps — La tentative par le médecin d'accouchement

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE — (Fin)

par forceps a-t-elle causé la bradycardie? — L'omission du médecin de prendre des dispositions pour un accouchement par césarienne en cas de complications ou d'aviser la mère des risques d'un accouchement par forceps moyen avant de tenter l'accouchement par forceps a-t-elle causé les lésions subies par le bébé?

EDIGER C. JOHNSTON, 98.

2. Négligence — Lien de causalité — Droit de la santé — Consentement à des soins — Défaut d'informer — Demandeurs alléguant la négligence des défendeurs pour ne pas avoir obtenu le consentement éclairé à un accouchement vaginal après césarienne ou au déclenchement du travail avec de la prostaglandine et pour ne pas s'être occupés de la demanderesse — Demandeurs alléguant que le manque de soins adéquats a causé une rupture utérine et des dommages cérébraux au nouveau-né — La conclusion du juge de première instance sur la responsabilité des différents défendeurs doit-elle être annulée en raison d'erreurs de fait manifestes ou d'erreurs de droit?

COJOCARU C. BRITISH COLUMBIA WOMEN'S HOSPITAL AND HEALTH CENTRE, 357.

TRIBUNAUX

Règles du tribunal — Affidavits — Langue des pièces — Loi anglaise de 1731 reçue en Colombie-Britannique prévoyant que l'anglais est la langue des « instances » judiciaires — Règles de la Cour suprême de la C.-B. en matière civile exigeant en outre que les documents « préparés en vue de leur utilisation devant la cour » le soient en anglais sauf si leur nature ne le permet pas — Demande d'un conseil scolaire de langue française en vue de déposer des affidavits auxquels sont jointes des pièces préparées en français avant le litige — La Loi de 1731 ou les règles de la C.-B. font-elles obstacle à l'admission en preuve de pièces préparées en français sans qu'elles soient accompagnées d'une traduction anglaise? — L'admission en preuve de pièces en langue française relève-t-elle de la compétence inhérente d'une cour supérieure pour faire respecter sa propre procédure? — Les règles de la C.-B. en matière civile restreignent-elles l'exercice de la compétence inhérente? — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 22-3(2).

CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 774.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>